This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

Über dieses Buch

Dies ist ein digitales Exemplar eines Buches, das seit Generationen in den Regalen der Bibliotheken aufbewahrt wurde, bevor es von Google im Rahmen eines Projekts, mit dem die Bücher dieser Welt online verfügbar gemacht werden sollen, sorgfältig gescannt wurde.

Das Buch hat das Urheberrecht überdauert und kann nun öffentlich zugänglich gemacht werden. Ein öffentlich zugängliches Buch ist ein Buch, das niemals Urheberrechten unterlag oder bei dem die Schutzfrist des Urheberrechts abgelaufen ist. Ob ein Buch öffentlich zugänglich ist, kann von Land zu Land unterschiedlich sein. Öffentlich zugängliche Bücher sind unser Tor zur Vergangenheit und stellen ein geschichtliches, kulturelles und wissenschaftliches Vermögen dar, das häufig nur schwierig zu entdecken ist.

Gebrauchsspuren, Anmerkungen und andere Randbemerkungen, die im Originalband enthalten sind, finden sich auch in dieser Datei – eine Erinnerung an die lange Reise, die das Buch vom Verleger zu einer Bibliothek und weiter zu Ihnen hinter sich gebracht hat.

Nutzungsrichtlinien

Google ist stolz, mit Bibliotheken in partnerschaftlicher Zusammenarbeit öffentlich zugängliches Material zu digitalisieren und einer breiten Masse zugänglich zu machen. Öffentlich zugängliche Bücher gehören der Öffentlichkeit, und wir sind nur ihre Hüter. Nichtsdestotrotz ist diese Arbeit kostspielig. Um diese Ressource weiterhin zur Verfügung stellen zu können, haben wir Schritte unternommen, um den Missbrauch durch kommerzielle Parteien zu verhindern. Dazu gehören technische Einschränkungen für automatisierte Abfragen.

Wir bitten Sie um Einhaltung folgender Richtlinien:

+ *Nutzung der Dateien zu nichtkommerziellen Zwecken* Wir haben Google Buchsuche für Endanwender konzipiert und möchten, dass Sie diese Dateien nur für persönliche, nichtkommerzielle Zwecke verwenden.

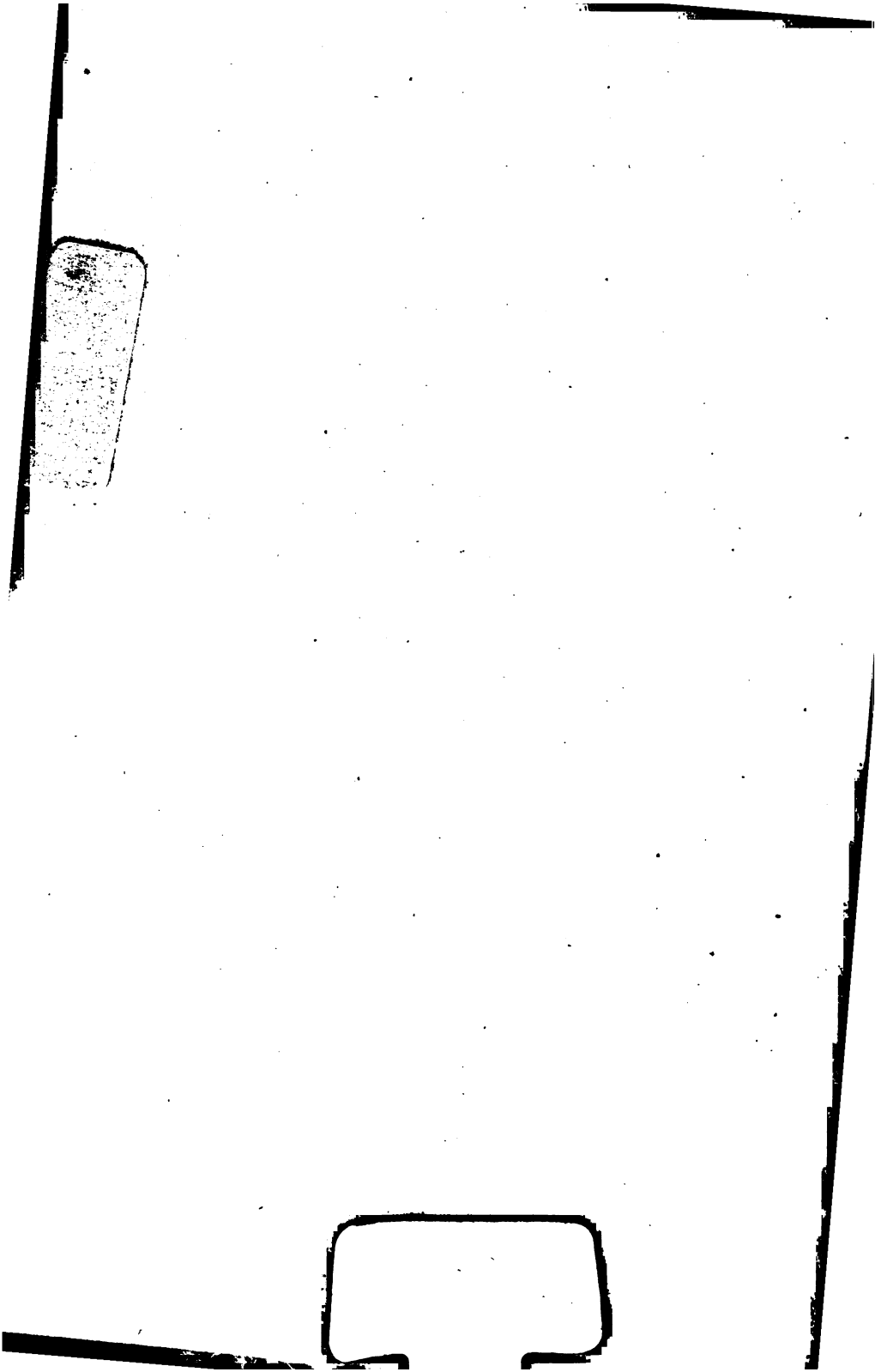
+ *Keine automatisierten Abfragen* Senden Sie keine automatisierten Abfragen irgendwelcher Art an das Google-System. Wenn Sie Recherchen über maschinelle Übersetzung, optische Zeichenerkennung oder andere Bereiche durchführen, in denen der Zugang zu Text in großen Mengen nützlich ist, wenden Sie sich bitte an uns. Wir fördern die Nutzung des öffentlich zugänglichen Materials für diese Zwecke und können Ihnen unter Umständen helfen.

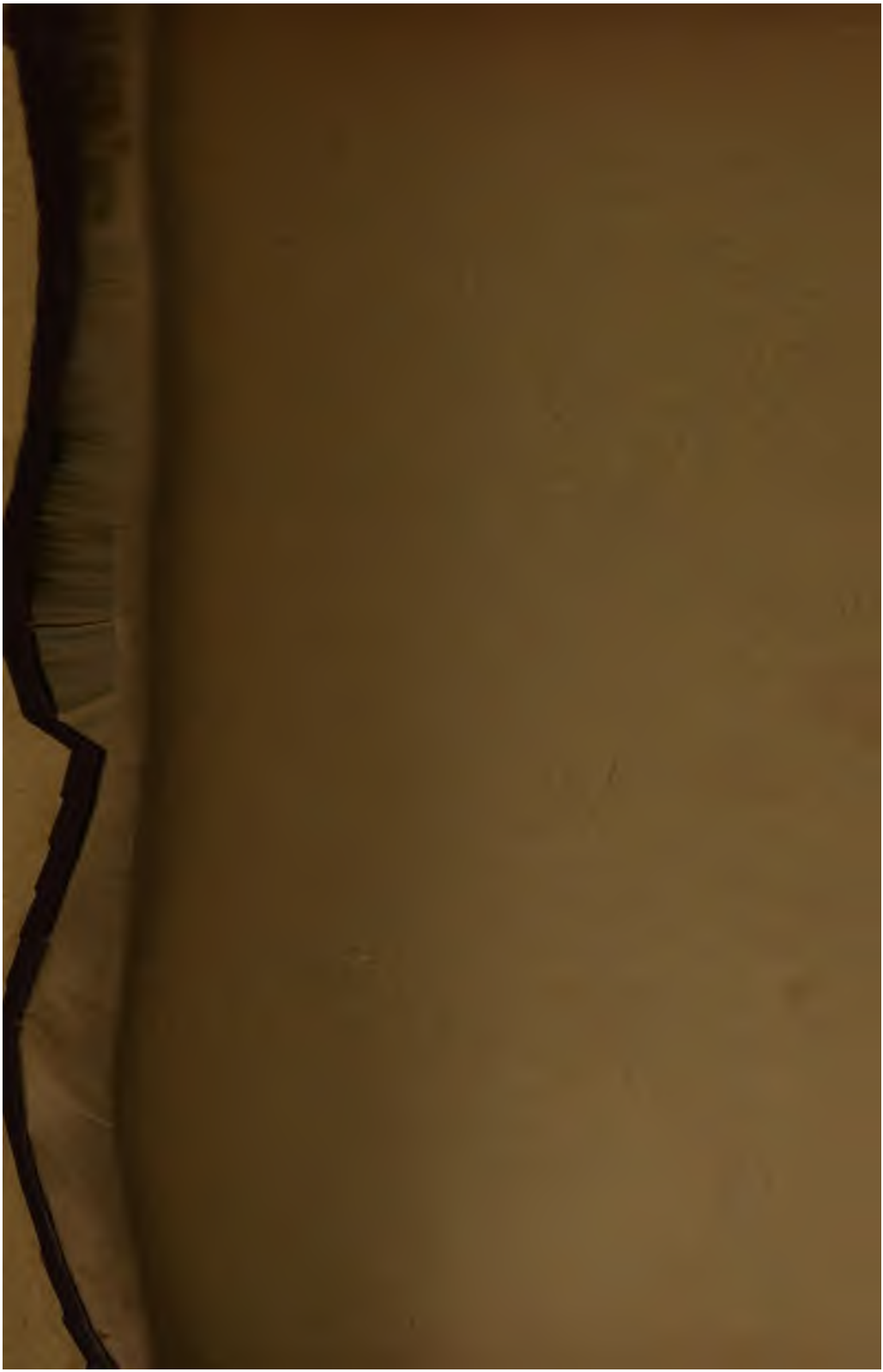
+ *Beibehaltung von Google-Markenelementen* Das "Wasserzeichen" von Google, das Sie in jeder Datei finden, ist wichtig zur Information über dieses Projekt und hilft den Anwendern weiteres Material über Google Buchsuche zu finden. Bitte entfernen Sie das Wasserzeichen nicht.

+ *Bewegen Sie sich innerhalb der Legalität* Unabhängig von Ihrem Verwendungszweck müssen Sie sich Ihrer Verantwortung bewusst sein, sicherzustellen, dass Ihre Nutzung legal ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass ein Buch, das nach unserem Dafürhalten für Nutzer in den USA öffentlich zugänglich ist, auch für Nutzer in anderen Ländern öffentlich zugänglich ist. Ob ein Buch noch dem Urheberrecht unterliegt, ist von Land zu Land verschieden. Wir können keine Beratung leisten, ob eine bestimmte Nutzung eines bestimmten Buches gesetzlich zulässig ist. Gehen Sie nicht davon aus, dass das Erscheinen eines Buchs in Google Buchsuche bedeutet, dass es in jeder Form und überall auf der Welt verwendet werden kann. Eine Urheberrechtsverletzung kann schwerwiegende Folgen haben.

Über Google Buchsuche

Das Ziel von Google besteht darin, die weltweiten Informationen zu organisieren und allgemein nutzbar und zugänglich zu machen. Google Buchsuche hilft Lesern dabei, die Bücher dieser Welt zu entdecken, und unterstützt Autoren und Verleger dabei, neue Zielgruppen zu erreichen. Den gesamten Buchtext können Sie im Internet unter `http://books.google.com` durchsuchen.





Literarischer Anzeiger

zu den

Entscheidungen des Reichsgerichts.

Verlag von **Veit & Comp.** in Leipzig.

№ | Der „**Literarische Anzeiger**“ erscheint in zwanglosen Nummern und bildet eine unentgeltliche Beilage der Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen und in Strafsachen. Für seinen Inhalt ist ausschließlich die Verlagsbuchhandlung verantwortlich. | 52.

Verlag von VEIT & COMP. in Leipzig.

DAS

HEUTIGE RUSSLAND.

KULTURSTUDIEN

von

Ernst von der Brüggen.

gr. 8. 1902. geh. 6 ℳ.

Der Verfasser, der schon durch frühere Werke über Rußland weiteren Kreisen bekannt geworden ist, stützt seine Kulturstudien über das heutige Rußland hauptsächlich auf russische, in den letzten Jahren erschienene Arbeiten. Das ist sehr verständig, denn erstens werden hier doch sehr wertvolle russische Forschungen in ihren Hauptergebnissen dem deutschen Publikum zugänglich gemacht, und von russischer Seite kann nicht gegen den Verfasser der Vorwurf erhoben werden, daß er in deutsch-nationaler Voreingenommenheit die Dinge in Rußland geschildert habe. Ernst von der Brüggen versteht lebendig zu schildern, und so wird jedermann seine Darstellung der Zustände in dem heutigen Rußland mit großem Interesse lesen. Er hat alle Gebiete des öffentlichen und privaten Lebens der Russen in den Bereich seiner Studien gezogen, doch dürften seine Schilderungen des Adels, des Bauern und der Bureaukratie den Leser am meisten fesseln. Am Schlusse seines Werkes kommt der Verfasser natürlich auch auf die Frage zu sprechen, wie Rußland aus der schwierigen Lage herauskommen könnte, und er gibt dabei Ansichten Ausdruck, welche als ein Mittelweg zwischen den Anschauungen der Verteidiger der jetzigen Selbstherrschaft und denjenigen der Revolutionäre bezeichnet werden können.

Frankfurter Zeitung. 1902. 18. Oktober.

Neue juristische Erscheinungen aus dem Verlage von
VEIT & COMP. in LEIPZIG.

Die Miete
von Wohnungen und anderen Räumen
nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

Unter Berücksichtigung
der Ausführungsgesetze für Richter und Rechtsanwälte bearbeitet von

Hermann Brückner,
Reichsgerichtsrat.

Zweite, umgearbeitete Auflage.

gr. 8. 1902. geh. 4 ℳ, geb. in Ganzleinen 5 ℳ.

Lehrbuch
der
Deutschen Rechtsgeschichte.

Von

Dr. Richard Schröder,
o. ö. Professor an der Universität Heidelberg.

Vierte, verbesserte Auflage.

Mit einer Abbildung im Text und fünf Karten.

Lex. 8. 1902. geh. 22 ℳ, geb. in Halbfranz 24 ℳ 50 ₰.

Die civilrechtlichen Gesetze
des Deutschen Reiches

mit Ausschluß des Bürgerlichen Gesetzbuches und der handels-, wechsel- und seerechtlichen Gesetze, sowie der in der Gewerbeordnung, in den Reichsjustizgesetzen, im Zwangsversteigerungsgesetze, in der Grundbuchordnung und in der Reichsstrafgesetzgebung enthaltenen civilrechtlichen Bestimmungen.

Für die Praxis und zum Gebrauch bei Vorlesungen
in zeitlicher Folge zusammengestellt von

Dr. Emil Fehling,
o. ö. Professor an der Universität Erlangen.

Dritte Auflage.

8. 1902. geb. in Ganzleinen 5 ℳ.

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W. 8.

Entscheidungen des Reichsmilitärgerichts.

Herausgegeben von

den Senatspräsidenten und dem Obermilitäranwalt

unter Mitwirkung

der juristischen Mitglieder der Senate und der Mitglieder der Militäranwaltschaft.

Dritter Band.

1902. Geheftet M. 4.—. Gebunden M. 5.20.

Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts

in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit,
in Kosten-, Stempel- und Strafsachen

herausgegeben von

Reinhold Johow, Geheimer Ober-Justizrat, und **Viktor Ring,** Kammergerichtsrat.

Vierundzwanzigster Band.

1902. Geheftet M. 6.—. Gebunden M. 7.25.

Beiträge
zur
Erläuterung des Deutschen Rechts.

Begründet von **Dr. J. A. Gruchot.**

Herausgegeben von

Dr. Rassow, Reichsgerichtsrat a. D.,
Dr. Küntzel, Unterstaatssekretär im Justizministerium,

und

Dr. Eccius,
Oberlandesgerichts-Präsident und Wirkl. Geheimer Oberjustizrat.

Siebenundvierzigster Jahrgang. 1903.

Erstes Heft.

Subskriptionspreis pro Jahrgang (6 Hefte) M. 15.—.

— „Für den Prozeß von hervorragender Wichtigkeit."
Wach (im „Handbuch des Deutschen Civilprozeßrechts").

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W. 8.

Reichsgerichtsentscheidungen

aus den

Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts

(Red.: Dr. Kallow, Dr. Künkel und Dr. Errius)

Band 24 bis 43

(1880 bis 1900),

soweit sie für das geltende Recht von Bedeutung sind,

zusammengestellt von

Dr. Kassow,

Reichsgerichtsrat a. D.

Zwei Bände im Umfang von 160 Druckbogen gr. 8°.

1902. Geheftet M. 26.—, gebunden (Halbfranz) M. 30.—.

Die Sammlung enthält 1177 reichsgerichtliche Entscheidungen welche für das geltende Recht und die künftige Rechtsprechung von Bedeutung sind. Dem Herrn Herausgeber dürfte es gelungen sein, durch die Art der Verarbeitung des großen Materials, und insbesondere auch durch die beiden ausführlichen Register, den Juristen die unentbehrliche Ausnutzung der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts zu erleichtern, indem er in diesem Werke ein Mittel bietet, ohne langes Nachschlagen die frühere Praxis, soweit sie auch jetzt noch erheblich ist, zu überblicken.

— — „Wir glauben hiernach, daß das Buch nicht bloß dem Praktiker, sondern auch Jedem, der sich zu wissenschaftlichen Zwecken über den Stand der reichsrechtlichen Rechtsprechung in irgend einer Frage unterrichten will, gute Dienste erweisen wird. Diese Brauchbarkeit verdankt die Sammlung u. E. nicht zum geringsten Teil dem Umstande, daß in ihr ebenso wie bei allen durch die Beiträge veröffentlichten Entscheidungen jedesmal Tatbestand und Entscheidungsgründe, soweit die getroffene Entscheidung darauf beruht, unverkürzt mitgeteilt sind. Hierin erblicken wir einen besonderen Vorzug. Wie jeder Praktiker und Theoretiker aus Erfahrung weiß, befähigt nur eine solche vollständige Mitteilung des Einzelfalls den Leser, die Bedeutung und Tragweite des in der Entscheidung ausgesprochenen Rechtsgrundsatzes mit Sicherheit zu erkennen und danach ein wirklich klares Bild von der Entwickelung der Rechtsprechung zu gewinnen."

Skonietzki, Reichsgerichtsrat (Gruchot's Beiträge, 46. Jahrg. (1902) Heft 6).

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W. 8.

Handausgabe
des
Bürgerlichen Gesetzbuchs
für das Deutsche Reich

unter Berücksichtigung der sonstigen Reichsgesetze und der Gesetzgebungen **aller** Bundesstaaten insbesondere Preußens
für Studium und Praxis

bearbeitet von

Dr. Hugo Neumann,

Rechtsanwalt am Königl. Kammergericht zu Berlin.

1903. Dritte vermehrte und verbesserte Auflage.

Drei Bände. 136 1/2 Druckbogen gr. 8°.

Preis: Geheftet M. 26.—, gebunden in Halbfranz M. 31.—.

Der dieser Handausgabe seit ihrem ersten Erscheinen von der Kritik in reichem Maße gespendete Beifall hat sich fortdauernd gesteigert und, wie der wiederholte Bedarf an neuen starken Auflagen beweist, einen ungeteilten Wiederhall in weiten Kreisen des juristischen Publikums gefunden. Von und vor Gerichten aller Instanzen und aller Bundesstaaten — insbesondere des Reichsgerichts, des Reichsmilitärgerichts, des Preußischen Oberverwaltungsgerichts, des Kammergerichts, des Bayrischen Obersten Landesgerichts — zitiert und von hervorragenden Rechtslehrern und Schriftstellern berücksichtigt und gewürdigt, hat sich die Handausgabe **eine angesehene Stellung in Rechtsanwendung und Rechtswissenschaft erworben.**

Wie von maßgebenden Seiten anerkannt wird, hat sich die Handausgabe bei Gerichten, Konsulaten und Verwaltungsbehörden sowie in der anwaltlichen Praxis als ein zuverlässiges und ungern zu missendes Hülfsmittel bewährt, das in vielen Fällen einen großen kostspieligen Kommentar ersetzt. Die dem Werke mit Recht nachgerühmten Eigenschaften: Zuverlässigkeit, Übersichtlichkeit, Klarheit und Präzision des Ausdrucks, unerhebliche Punkte ausschließende Vollständigkeit machen die Handausgabe zu einem stets auf das Ganze gerichteten **erstklassigen Hülfsmittel** für die Praxis sowie für das selbständige oder durch einen Lehrer geleitete Studium des Bürgerlichen Rechtes, wie von Prüfenden und mit Erfolg Geprüften bezeugt wird.

Ihre bewährten Eigenschaften hat die Handausgabe auch in der neuen — [illegible]tten — Auflage beibehalten und weiter entwickelt. Den Bedürfnissen der [illegible]eit entsprechend sind größere und kleinere Umarbeitungen und Ergänzungen [illegible]olgt. **Literatur und Judikatur sind bis Mitte August 1902 umfassend [illegible]ücksichtigt.**

— — „Das Werk ist in solchem Maße bekannt und anerkannt, daß nicht [illegible]r nötig ist, es den Lesern der „Beiträge" zu empfehlen." —

Errius (Gruchot's Beiträge).

Verlag von Franz Vahlen in Berlin W. 8.

Schulung für die civiliſtiſche Praxis

von

Adolf Stölzel.

Erſter Teil.

Fünfte Auflage. — 1902.
Geh. M. 8.—. Geb. M. 9.—.

Zweiter Teil.

Dritte Auflage. — 1902.
Geh. M. 9.—. Geb. M. 10.—.

Handwörterbuch zum Bürgerlichen Geſetzbuche

von

Heinrich Bernhardi,
Landgerichts-Präſidenten in Marburg a. L.

Dritte, durch Bezugnahme auf die Nebengeſetze, die Literatur, die Entſcheidungen des Reichsgerichts und die preuß. Ausführungsbeſtimmungen vermehrte Auflage.

1902. Geheftet M. 6.50. Gebunden M. 7.50.

Leitfaden für die Reviſion der Geſchäfte

bei den Preuß. Amts- und Landgerichten.

Von

H. Daubenſpeck,
Reichsgerichtsrat a. D.

Zweite, umgearbeitete Auflage.

1902. Geheftet M. 8.—. Gebunden M. 9.—.

Lehrbuch des Verfahrens der Freiwilligen Gerichtsbarkeit

im Deutſchen Reich und in Preußen.

Auf Grund der neueſten Rechtſprechung und Rechtslehre
bearbeitet von

Dr. Eugen Joſef,
Rechtsanwalt und Notar a. D. in Freiburg i. B.

1902. Geheftet M. 5.50. Gebunden M. 6.50.

Verlag von H. W. Müller in Berlin, W. 35.

Soeben erschienen:

Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Studium und die Praxis erl. von **Dr. H. Rehbein**, Reichsgerichtsrat. 5. Lieferung (§§ 805 bis 886 umfassend). Mk. 3.50.

Vereine ohne Rechtsfähigkeit nach dem neuen Rechte. Von **Dr. Otto Gierke**, Geh. Justizrat, ord. Professor der Rechte an der Univ. Berlin. 2. ergänzte Auflage. Mk. 1.20.

Pandekten von **Heinrich Dernburg**, ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Berlin. 7. verbesserte Auflage. Unter Mitwirkung von **Johannes Biermann**, ordentlichem Professor des Rechtes an der Universität Gießen. I. Band. (Allgem. Teil und Sachenrecht.) Mk. 14.—; geb. Mk. 15.75.

Band II und III erscheinen in einigen Monaten.

Tagegelder, Reise- und Umzugskosten der Preuß. Staatsbeamten. Nebst Anhang: Die Rangverhältnisse der Staatsbeamten. Von **L. Waterstradt**, Geh. Rechnungsrevisor bei der Ober-Rechnungskammer. Mk. 7.—; geb. Mk. 8.50.

Strafrecht und Strafprozeß. Eine Sammlung der wichtigsten das Strafrecht und das Strafverfahren betreffenden Gesetze. Zum Handgebrauch für den Preuß. Praktiker erläutert und herausgegeben von **Dr. A. Dalcke**, weiland Ober-Staatsanwalt, Geh. Ober-Justizrat. 8. verb. Auflage, besorgt von **P. Dalcke**, Amtsrichter. Geb. Mk. 8.50.

Die Gebührenordnung für Rechtsanwälte vom 7. Juli 1879. Auf der Grundlage des Kommentars von **H. Walter**, Rechtsanwalt und Notar a. D., erläutert von **A. Joachim**, Rechtsanwalt beim Kammergericht. 4. Aufl. 1. u. 2. Abteilung à Mk. 3.—.

Durch das Erscheinen auch der 2. Abteilung sind im wesentlichen nun alle Bestimmungen mitgeteilt, die in der Civilpraxis des Anwalts in Betracht kommen. Die Schlußabteilung befindet sich in Vorbereitung.

Der aufsichtführende Richter bei den Preuß. Amtsgerichten, seine Rechte und seine Pflichten. Eine systematische Darstellung der für den aufsichtführenden Amtsrichter wissenswerten Vorschriften der Justizaufsicht und Justizverwaltung von **P. Magunna**, aufsichtsf. Richter beim Amtsgericht Stettin. 3. verbesserte Auflage. Mk. 5.—; geb. Mk. 6.—.

Das Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 und die §§ 29 ff. der Konkursordnung in den seit 1. Januar 1900 geltenden Fassungen, erläutert durch die Entscheidungen des Reichsgerichts von **W. Luks**, Justizrat. 2. vermehrte Auflage. Mk. 1.20.

Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 und Allgemeine Deutsche Wechselordnung, nebst Einführungs- und Ergänzungsgesetzen. Erläutert durch die Rechtsprechg. des Reichsgerichts und des Reichs-Oberlandesgerichts. Herausgegeben von **Julius Basch**, Justizrat, Rechtsanwalt und Notar. 5. verbesserte Auflage. Ausgabe mit Seerecht, geb. Mk. 4.—.

(Die Ausgabe ohne Seerecht erschien 1899 zum Preise von Mk. 2.—.)

r gewerbliche Rechtsschutz (Patent-, Muster- und Warenzeichen-Schutz) in Frage und Antwort. Von **Ernst Herse**, Patentanwalt. I. Teil: Deutsches Reich. Kartoniert Mk. 4.—.

Das Werkchen dürfte auch allen mit diesen Gesetzen nicht völlig vertrauten Juristen zur Orientierung willkommen sein.

Hermann Bahr, Juridisches Antiquariat und **Leihinstitut**
rechts- und staatswissenschaftlicher Literatur.
ca. 300,000 Bände.
(Gegründet 1877.) **Berlin W. 9, Linkstr. 43 I.** (Gegründet 1877.)
Bedingungen des **Leihinstituts** auf Verlangen.

Verlag von Hermann Bahr in Berlin W. 9, Linkstraße 43.

Das Deutsche Wechselrecht
mit erläuternden Formularen
für den akademischen Gebrauch bearbeitet von
C. Ney, Doktor der Rechte.
3. verbesserte und vermehrte Auflage
mit dem Text der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung.
1901. XIII, 339 S. 8°. Preis broschiert 4.50 M., elegant gebunden 5 M.

Das Kirchenrecht
mit Einschluß des Eherechts in Frage und Antwort
bearbeitet von **Dr. jur. C. Ney.**
1895. 18½ Druckbogen. Ungebunden 4 M., in eleg. Leinenband 4.60 M.

Zu beziehen durch alle Buchhandlungen.

J. U. Kern's Verlag (Max Müller) in Breslau.

Soeben vollständig geworden:

Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigenthum
vom 11. Juni 1874.

Erläutert unter Benutzung der Akten des Königl. Preuß. Ministeriums der öffentlichen Arbeiten von **Dr. jur. Georg Eger,** Reg.-Rat.

Zweite vermehrte Auflage 1902.

Erster Band.
Geh. 14 Mk. Geb. in Halbfr. 16 Mk.
Zweiter Band.
Geh. 15 Mk. Geb. in Halbfr. 17 Mk.

„Der Eger'sche Kommentar bildet die bedeutendste und gründlichste Arbeit auf dem Gebiete des Enteignungsrechtes überhaupt. Das Werk ist nicht bloß für die preußische Praxis, sondern auch für den Gebrauch in anderen Bundesstaaten und für die Theorie von außerordentlichem Nutzen . . . So steht das Werk in jeder Hinsicht auf der Höhe der Wissenschaft."
(Litt. Mitteilungen d. Annalen d. D. Reichs.)

Verlag von **VEIT & COMP.** in Leipzig.

Soeben erschien:

Die Trennungsbefugnis des Civilrichters
nach § 145 der Civilprozessordnung.
Von
Dr. Gerhard Hübler.
gr. 8. 1902. geh. 3 *M*.

Der Einredebegriff
des
Bürgerlichen Gesetzbuches
in seiner praktischen Bedeutung
von
Dr. Ernst Suppes.
gr. 8. 1902. geh. 1 *M* 50 *Pf*.

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

Entscheidungen

des

Reichsgerichts.

Herausgegeben

von

den Mitgliedern des Gerichtshofes
und der Reichsanwaltschaft.

Entscheidungen in Civilsachen.

Neue Folge.

Zweiter Band.

Der ganzen Reihe zweiundfünfzigster Band.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1903

Entscheidungen

des

Reichsgerichts

in

Civilsachen.

Neue Folge.

Zweiter Band.

Der ganzen Reihe zweiundfünfzigster Band.

Leipzig,
Verlag von Veit & Comp.
1903

DB

DEUTSCHE DEMOKRATISCHE REPUBLIK
Zentrale Richterschule

Druck von Metzger & Wittig in Leipzig.

51/2285

Inhalt.

I. Reichsrecht.

Nr.		Seite
1.	Kann auf Grund einer nur mündlich erteilten Zusicherung gewisser Eigenschaften eines in der Form des § 313 Satz 1 B.G.B. verkauften an den Käufer noch nicht aufgelassenen Grundstücks wegen Fehlens jener Eigenschaften die Wandelung verlangt werden? Begriff der Zusicherung	1
2.	Kann der Hypothekenschuldner sich dem eingetragenen Gläubiger verpflichten, die Hypothek löschen zu lassen, sobald und soweit sie Eigentümergrundschuld werden sollte? Unterschied zwischen Rücktritt vom Darlehnsvertrage und vorbehaltener vorzeitiger Zurückforderung des Darlehns	5
4.	Begriff des Überbaues im Sinne des § 912 B.G.B. Können Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit verneint werden, wenn der Bauende die Grenze wissentlich überschritten hat?	15
5.	Kann der Käufer neben der Wandelung auch Schadensersatz vom Verkäufer verlangen?	18
7.	Einwand des anders verabredeten als niedergeschriebenen Vertrages nach dem B.G.B.	23
10.	Kann der Anspruch auf Rechnungslegung aus einem Gesellschaftsverhältnisse von dem Gesellschafter an einen Dritten abgetreten werden? . .	35
11.	Wechsel über Wettschuld. Zur Auslegung des § 762 B.G.B. . . .	39
12.	Rechtliche Natur einer vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung einer Hypothek. Umschreibung in eine Sicherungshypothek? Passivlegitimation für die Umschreibungsklage	40
13.	Kann der aus § 1300 B.G.B. auf Schadensersatz belangte frühere Verlobte den Einwand, daß die Klägerin bei Eingehung des Verlöbnisses nicht mehr unbescholten gewesen sei, darauf stützen, daß er selber mit ihr schon früher Geschlechtsverkehr gehabt hat?	46
14.	Gehört der Anspruch des Versicherten aus einem Unfallversicherungsvertrage zur Konkursmasse, wenn der Vertrag vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherten abgeschlossen worden ist, der Unfall aber erst nach der Konkurseröffnung sich ereignet hat? . . .	49

Nr.		Seite
16.	Was ist nach dem 1. Januar 1900 aus der Kautionshypothek des preußischen Rechts geworden?	59
17.	Hat der Unternehmer der späteren elektrischen Anlage auch die Kosten für die Unterhaltung der Schutzeinrichtungen an der älteren elektrischen Anlage zu tragen? Negatorische Klage auf Ersatz solcher Kosten	63
18.	Aufsichtspflicht des Lehrherrn über den Lehrling. Aufsichtspflicht über Minderjährige	69
19.	Begriff eines im Dienste erlittenen Betriebsunfalls	76
22.	Auslegung des Art. 16 Abs. 2 der Kaiserlichen Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See	87
23.	Umfang der Vollmacht eines Handlungsreisenden	89
24.	Begriff des Erfindungsbesitzes im Sinne des Patentgesetzes	90
25.	Rechte des Käufers und des Verkäufers aus den §§ 325, 326 B.G.B.	92
26.	Befugnisse eines Bevollmächtigten, dem die Vollmacht im Interesse eines Dritten erteilt worden war	96
29.	Rechtszustand in Elsaß-Lothringen bezüglich der Verfolgung öffentlicher Beamten wegen der in Ausübung oder in Veranlassung der Ausübung ihres Amts vorgenommenen Handlungen (§ 11 Einf.-Ges. zum G.V.G.)	107
30.	Geht eine vor dem 1. Januar 1900 eingetragene Kautionshypothek mit dem Inkrafttreten des neuen Rechts auch insoweit auf den Eigentümer des Grundstückes über, als sie über einen Betrag bestellt worden war, den die ihrer Höhe nach begrenzte sicherzustellende Forderung überhaupt nicht erreichen konnte?	111
31.	Wer „hält" ein Tier im Sinne des § 833 B.G.B.?	117
32.	Welches Recht ist maßgebend, wenn eine unerlaubte Handlung zwar vor dem Inkrafttreten des B.G.B.'s begangen worden, der Erfolg aber erst unter der Herrschaft des letzteren eingetreten ist?	119
34.	Erwerb des Eigentums an Wertpapieren von seiten der Kunden eines Bankiers durch einen von diesem im Namen des Kunden mit sich selbst im eigenen Namen geschlossenen Vertrag	130
37.	Einstweilige Verfügung zur Sicherung des Rechts des Hypothekengläubigers auf die Mieten des belasteten Grundstücks? Begriff der „Gefährdung"	138
38.	Hat der Beklagte die Prozeßkosten zu tragen, wenn die Klage, obwohl die eingeklagte Briefhypothekenforderung Dritten verpfändet war, auf Zahlung an den Kläger ging und der Beklagte dem später gestellten Begehren auf Zahlung an den Kläger und die Pfandgläubiger sofort nachgekommen ist?	141
39.	Haftet, wenn mehrere ein Eisenbahnunternehmen gemeinschaftlich betreiben, jeder von ihnen als Gesamtschuldner für Ansprüche Dritter aus § 1 des Haftpflichtgesetzes? Preußisch-hessische Eisenbahngemeinschaft	144
40.	Rechte des Käufers im Falle vor Ablauf der Lieferungsfrist erklärter Erfüllungsverweigerung des Verkäufers. Deckungskauf vor Ablauf der Lieferungsfrist	150
42.	Zulässigkeit des Rechtsweges in Zollsachen	158
43.	Kann der persönlich haftende Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft mit einem Dritten rechtswirksam dessen Eintritt in die Gesellschaft vereinbaren?	161
45.	Hat der Verkäufer einen Mangel im Recht zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel gekannt, sich aber über dessen rechtliche Tragweite geirrt hat?	167

Nr.		Seite
47.	Schadensersatz wegen eines schon beim Abschluß des Mietvertrages vorhanden gewesenen Mangels der gemieteten Sache	172
48.	Zeitliche Wirksamkeit des seit dem 1. Januar 1900 geltenden Rechts hinsichtlich der Aufhebung einer vor diesem Zeitpunkt entstandenen Miteigentumsgemeinschaft	174
49.	Können als Börsenterminhandel im Sinne des § 50 Abs. 2 des Börsengesetzes auch Termingeschäfte über Kuxe gelten, die an keiner Börse gehandelt werden?	178
50.	Kann der Cedent, solange der Schuldner der abgetretenen Forderung nichts von der Abtretung weiß, durch Handlungen, die er in eigenem Namen als Gläubiger vornimmt, die Rechtslage des Cessionars verbessern?	181
51.	Findet die Befreiungsvorschrift des Absatzes 2 des Tarifs Nr. 1 c zum Reichsstempelgesetz vom 14. Juni 1900 auch auf Einzahlungen Anwendung, die vor Eröffnung des Bergwerksbetriebes ausgeschrieben werden?	189
52.	Haben unterhaltsberechtigte Eltern, wenn von mehreren Kindern das eine leistungsunfähig und ohne Abkömmlinge ist, von den anderen Kindern den vollen Unterhalt zu beanspruchen?	193
54.	Geht im Falle der Ausstellung eines dem ganzen Inhalt des § 2 des Depotgesetzes entsprechenden Ermächtigungsscheins bei Hinterlegung oder Verpfändung von Wertpapieren das Eigentum an diesen ohne weiteres auf den Verwahrer oder Pfandgläubiger über?	226
56.	Tragweite der im Art. 6 Ziff. 1 des Gesetzes, betr. die Abänderung der Gewerbeordnung, vom 26. Juli 1897, getroffenen Übergangsvorschrift in Hinsicht auf bestehende Innungen. Rechtliche Stellung der zur Abwicklung der Geschäfte der Krankenkasse einer aufgelösten Innung bestellten Liquidatoren	209
58.	Wirkung der Einlösung eines trocknen Wechsels durch einen von mehreren Ausstellern oder durch einen Wechselschuldner, der neben dem Aussteller als Bürge unterzeichnet hatte. Verhältnis mehrerer Wechselunterzeichner untereinander. Beweislastfrage	220
59.	Hat die Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft Prozeßunfähigkeit des Abwesenden zur Folge?	223
60.	Darf ein in die Zeit nach dem 31. Dezember 1899 fallendes Getrenntleben der Ehegatten für die Anwendung des § 1754 Satz 2 des sächs. B.G.B.s verwertet werden?	225
61.	Gehört der durch die Anmeldung beim Patentamt begründete Anspruch auf Erteilung eines Patents zu dem einer Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Anmelders?	227
63.	Ist der § 836 B.G.B. anwendbar auf den Fall, wenn der morsch gewordene Fußboden eines Stockwerkes mit der darauf stehenden Person durchbricht?	236
64.	Kann für einen nicht bevormundeten volljährigen Geisteskranken ein Pfleger bestellt werden?	240
65.	Ist bei einer vor dem 1. Januar 1900 für ungültig erklärten Ehe die Frage, welchem Teil das Recht auf die Erziehung der Kinder zusteht, nach dem B.G.B. zu beurteilen?	245
67.	Können als Kassageschäfte sich darstellende Geschäfte Differenzgeschäfte sein?	250

Nr.		Seite
68.	Betrifft dieselbe Frage	254
69.	Verpflichtung des Hypothekengläubigers, der Berichtigung des Grundbuchs zuzustimmen, wenn das eingetragene Darlehn nicht gegeben und die deshalb vom Eigentümer erworbene Hypothek zu gunsten eines Dritten gepfändet ist?	257
71.	Recht zum Rücktritt von einem vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Vertrage auf Grund eines nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Leistungsverzuges. Bestimmt es sich nach den Vorschriften des B.G.B.'s? Voraussetzungen des Rechts nach gemeinem Recht	261
72.	Tragweite der Befreiungsvorschrift im Art. 11 des Haager Abkommens zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts	266
74.	Muß bei einem Grundstückskauf die Kenntnis des Käufers von dem Mangel im Recht sich aus der Vertragsurkunde ergeben, wenn der Verkäufer von der Vertretung frei sein soll? Wie weit geht die Verpflichtung des Verkäufers zur Übergabe der Sache?	273
75.	Muß die Unterschrift des eigenhändigen Testaments der Angabe des Ortes und Tages nachfolgen? Vermächtnis zu gunsten der Armen.	277
78.	Unter welchen Voraussetzungen kann eine Aktiengesellschaft ohne Erhöhung des Grundkapitals Vorzugsakten schaffen?	287
79.	Ist die Nichterneuerung der Gebäudeversicherung gegen Feuersgefahr eine Verschlechterung des Grundstücks im Sinne des § 1133 B.G.B?	295
81.	Kann der Wechselschuldner gegen seine Wechselschuld mit der Forderung an den Wechselgläubiger auf Gewährung vertraglich zugesicherter Barvorschüsse aufrechnen?	303
82.	Begriff der persönlichen Eigenschaften im Sinne des § 1333 B.G.B.	306
84.	Wann muß der Besteller eines nicht rechtzeitig gelieferten Werkes, der infolge eines besonderen Interesses an sofortiger Geltendmachung des Rechts zum Rücktritt von einer Fristsetzung absehen darf, den Rücktritt vom Vertrage erklären?	314
85.	Unterliegen Aktienindossamente dem preußischen Cessionsstempel, wenn die Aktien bereits vor dem 1. Oktober 1881, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881, ausgegeben worden waren?	318
86.	Begründet die Abweisung der Klage in der angebrachten Art die Einrede der Rechtskraft? Wird die Unterbrechung der Verjährung durch die Abweisung der Klage in der angebrachten Art beseitigt?	325
88.	Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtung einer Rechtshandlung nach dem Gesetz vom 21. Juli 1879. Kann die Anfechtung wirksam durch eine Erklärung erfolgen, die außerhalb eines Prozeßverfahrens abgegeben wird? Genügt es, das sie in einem Schriftsatz erklärt und dieser dem Prozeßbevollmächtigten des Anfechtungsgegners zugestellt wird?	334
91.	Verpflichtung zum Ersatz des an Gärten u. s. w. vom Wilde angerichteten Schadens? Mitverschuldeu des Beschädigten durch unterlassene Instandhaltung von Schutzvorrichtungen?	349
92.	Recht des Käufers im Falle des § 480 Abs. 2 B.G.B.	352
98.	Erwirbt der Gläubiger eine Briefhypothek, die auf den Anteilen mehrerer Miteigentümer eines Grundstücks eingetragen ist, nur dann, wenn sämtliche Miteigentümer den Hypothekenbrief übergeben?	360

Nr.		Seite
94.	Auftrag zur Bürgschaftsleistung und Verpfändung für Börsentermingeschäfte	362
95.	Schadensersatz wegen unrichtiger Auskunft?	365
97.	Abgrenzung der Haftung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts nach §§ 31. 89 B.G.B. gegenüber der landesgesetzlich geregelten Haftung der betreffenden Korporationen für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden. Rechtsweg	369
98.	Außervertragliche Schadensersatzpflicht für Unterlassungen, für durch Sachen verursachten Schaden nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch?	373
100.	Voraussetzungen der Übertragung des Eigentums, der Begründung eines Pfandrechts, der Begründung eines Zurückbehaltungsrechts an einem Teil eines Inbegriffs von Sachen, die sich im unmittelbaren Besitz eines Dritten befinden, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch Ist die Frage der Wirksamkeit einer vor dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Rechtshandlung für ein nach diesem Zeitpunkt eröffnetes Konkursverfahren nach altem oder nach neuem Rechte zu beurteilen?	385
101.	Haftung des Verfrachters für Unfälle, von denen die Ladung beim Entlöschen des Binnenschiffes betroffen wird? Einschränkung der Haftung des Verfrachters für seine Leute durch Konnossementsklauseln. Inwieweit ist die Feststellung des Zustands des Gutes notwendig für die Geltendmachung von Schadensansprüchen des Befrachters?	395
102.	Zur Auslegung des § 898 H.G.B. (Seeversicherung.)	405
104.	Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn bei einer Kautionshypothek des bisherigen preußischen Rechts zu der Zeit, in welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, Forderungen, für welche die Hypothek haftet, zu einem bestimmten Betrage entstanden sind, Forderungen aber in Höhe des überschießenden Betrages der Hypothek nicht mehr entstehen können? Zustimmungserklärungen in Angelegenheiten des Liegenschaftsrechts	411
105.	Ist das Versprechen der Lieferung von Aktien einer Aktiengesellschaft, die keine Aktienurkunden hatte herstellen lassen, als Versprechen einer unmöglichen Leistung anzusehen?	417
108.	Liegt eine Eigenschaft oder ein Fehler des verkauften Grundstückes vor (§ 459 B.G.B.), wenn es sich um diejenigen Bedingungen handelt, die noch zu erfüllen sind, damit das Grundstück nach den ortsstatutarischen Vorschriften bebauungsfähig werde?	429
109.	Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit von Verträgen, für die durch Gesetz eine Form vorgeschrieben ist, hinsichtlich des Zeitpunktes der Willenseinigung	433

II. Gemeines Recht.

50.	Kann der Cedent, solange der Schuldner der abgetretenen Forderung nichts von der Abtretung weiß, durch Handlungen, die er in eigenem Namen als Gläubiger vornimmt, die Rechtslage des Cessionars verbessern?	181
71.	Recht zum Rücktritt von einem vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Vertrage auf Grund eines nach diesem Zeitpunkt eingetretenen Leistungs-	

Nr. Seite

verzuges. Bestimmt es sich nach den Vorschriften des B.G.B.'s? Voraussetzungen des Rechts nach gemeinem Recht 261

99. Begriffsmerkmale des öffentlichen Flusses. Natur des Rechts des Anliegers eines ö. F. zur Ableitung von Abwässern und Abwurfstoffen in diesen. Besteht ein Anspruch auf Entschädigung im Falle der Aufhebung dieses Rechts durch die Ortsgemeinde? 379

III. Preußisches Recht.

3. Erfordernisse der Zustellung im Enteignungsverfahren 11

6. Sind die auf Grund des § 8 des preuß. Gesetzes, betr. die Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten, ergangenen Entscheidungen über Gehaltsentziehung für die Beurteilung der vor den Gerichten geltend gemachten Gehaltsansprüche maßgebend? 20

9. Entscheidung über verschiedene Fragen, betreffend die Knappschaftskassenbeiträge 29

12. Rechtliche Natur einer vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen Vormerkung zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung einer Hypothek. Umschreibung in eine Sicherungshypothek? Passivlegitimation für die Umschreibungsklage 40

20. Begriff des Geschehenlassens im Sinne des § 43 A.L.R. I, 22 . . . 79

27. Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines Rechtsurhebers gegenüber der Klage aus einer Hypothek 101

33. Berechtigung des Erwerbers eines zusammenhängenden Areals von wenigstens 300 Morgen Flächeninhalt zur Ausübung der Jagd trotz eines laufenden, das Areal umfassenden Pachtvertrages 126

55. Bemessung der vom Bergwerksbesitzer für vorübergehende Abtretung verpachteter Grundstücke zu leistenden Entschädigung 200

62. Unterliegen Feuerkassenscheine einer städtischen Feuersozietät dem Policestempel? 234

77. Setzt der Anspruch auf Mietsentschädigung bei Versetzungen voraus, daß der Vermieter dem versetzten Beamten die Wohnung für die fragliche Zeit frei gehalten hat? 286

80. Ist der § 43 des preußischen Fischereigesetzes ein Polizeigesetz im Sinne des § 26 A.L.R. I. 6? Umfang des im § 43 des genannten Fischereigesetzes gegebenen Schutzes fremder Fischereirechte. Tragweite der Vorschrift des § 25 A.L.R. I. 6 297

85. Unterliegen Aktienindossamente dem preußischen Cessionsstempel, wenn der Aktien bereits vor dem 1. Oktober 1881, dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881, ausgegeben worden waren? 318

86. Begründet die Abweisung der Klage in der angebrachten Art die Einrede der Rechtskraft? Wird die Unterbrechung der Verjährung durch die Abweisung der Klage in der angebrachten Art beseitigt? 325

90. Umfang der Verflichtung zum Schadensersatz wegen verschuldet mangelhafter Lieferung einer Ware oder eines Werkes 347

105. Ist das Versprechen der Lieferung von Aktien einer Aktiengesellschaft,

Nr. Seite

die keine Aktienurkunden hatte herstellen lassen, als Versprechen einer unmöglichen Leistung anzusehen? 417

106. Bedeutung einer Observanz, durch welche die nach § 3 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 den Gemeinden obliegenden öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Tragung der durch die Reinigung der öffentlichen Straßen erwachsenden Kosten auf die Anlieger übertragen wird. Erfordernisse einer Observanzbildung . . . 423

IV. Prozeßrecht.

8. Darf der Richter eine Vorabentscheidung über den Grund des Klaganspruches erlassen, ohne gleichzeitig eine eventuell vorgeschützte Aufrechnungseinrede zu erledigen, deren nähere tatsächliche Begründung trotz Aufforderung dazu unterblieben war? 27

12. Gerichtsstand für die Klage auf Umschreibung einer vor dem 1. Januar 1900 zur Erhaltung des Rechts auf eine Hypothek eingetragenen Vormerkung in eine Sicherungshypothek 40

14. Gehört der Anspruch des Versicherten aus einem Unfallversicherungsvertrage zur Konkursmasse, wenn der Vertrag vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherten abgeschlossen worden ist, der Unfall aber erst nach der Konkurseröffnung sich ereignet hat? . . . 49

15. Gerichtsstand des Erfüllungsorts, wenn aus der verlangten Aufhebung eines Vertrages verschiedene, an sich an verschiedenen Orten zu erfüllende Ansprüche geltend gemacht werden 54

21. Klagänderung in einem vom Konkursverwalter anhängig gemachten Prozeß, betr. Anfechtung einer Hypothek, durch An erung des Klagantrags? Einfluß auf die örtliche Zuständigkeit 82

28. Wegfall der Veranlassung für eine Sicherheitsleistung (§ 109 C.P.O.) 105

35. Begründet der Vermerk „Erfüllungsort Berlin" auf der gleichzeitig mit der Ware übersandten Faktura dann die örtliche Zuständigkeit der dortigen Gerichte für die Klage gegen den auswärtigen Käufer, wenn in dem früheren Geschäftsverkehr der Parteien die dem Käufer übersandten und von ihm ohne Vorbehalt angenommenen Fakturen denselben Vermerk enthalten hatten? 133

36. Kann die örtliche Zuständigkeit des Gerichts auch auf Tatumstände gestützt werden, die erst nach der Klagerhebung eingetreten sind? . . 136

37. Einstweilige Verfügung zur Sicherung des Rechts des Hypothekengläubiger auf die Mieten des belasteten Grundstücks? Begriff der „Gefährdung" 138

38. Hat der Beklagte die Prozeßkosten zu tragen, wenn die Klage, obwohl die eingeklagte Briefhypothekenforderung Dritten verpfändet war, auf Zahlung an den Kläger ging und der Beklagte dem später gestellten Begehren auf Zahlung an den Kläger und die Pfandgläubiger sofort nachgekommen ist? 141

41. Wirkung eines in einem ausländischen Konkursverfahren abgeschlossenen Zwangsvergleichs 155

44. Ist der auf Grund des § 488 B.G.B. geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Fütterungskosten eine Nebenforderung im Sinne des § 4 Abs. 1. C.P.O.? 164

46. Rechte des Gläubigers im Falle des Konkurses der ihm haftenden Gesamtschuldner, wenn er in dem Konkurse des einen von ihnen absonderungsberechtigt ist 169

Nr.		Seite
53.	Berechnung der Gebühren in der Jahresrechnung bei erhobener Widerklage	197
57.	Welche Wirkung hat gegenüber einem rechtskräftig gewordenen Urteil, durch das jemandem als Cessionar ein Teil einer Forderung zuerkannt worden war, ein späteres ebenfalls rechtskräftig gewordenes Urteil, durch das dem Cedenten die ganze Forderung aberkannt wurde, wenn der Cessionar das frühere Urteil nur als Inkassomandatar des Cedenten erwirkt hatte?	216
59.	Hat die Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft Prozeßunfähigkeit des Abwesenden zur Folge?	228
66.	Kostenrechtliche Behandlung unzulässiger in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit beim Reichsgericht eingelegter Beschwerden	248
70.	Einrede der Rechtshängigkeit gegen die dingliche Klage des auf Grund einer Abtretung eingetragenen Hypothekengläubigers aus einem vor der Abtretung gegen den Rechtsvorgänger des Klägers anhängig gemachten Rechtsstreit über das Bestehen der Hypothek?	259
71.	Zu § 255 C.O.P.	261
73.	Findet Revision statt gegen ein Endurteil, durch welches das Oberlandesgericht auf Beschwerde über die Ablehnung einer einstweiligen Verfügung diese erlassen hat?	270
76.	Ist die Entschließung eines Schiedsgerichts, welche die Entscheidung über den Streit der Parteien ablehnt, ein Schiedsspruch?	283
83.	Welches Gericht ist unter dem nach § 879 C.P.O. für die Widerspruchsklage gegen einen Verteilungsplan zuständigen Verteilungsgericht zu verstehen?	312
87.	Ist nach der Aufhebung des Konkursverfahrens der bisherige Gemeinschuldner befugt, einen vom Konkursverwalter begonnenen, aber nicht zur Entscheidung gelangten Anfechtungsprozeß im Kostenpunkt fortzusetzen?	330
89.	Ist für die Klage auf Minderung einer rechtskräftig zuerkannten Rente der Gerichtsstand des § 767 C.P.O. begründet?	344
90.	Kann die Aufnahme des Verfahrens in der mündlichen Verhandlung erklärt werden?	347
96.	Ist die Zustellung eines Urteils, bei der vom Gerichtsvollzieher als Auftraggeber eine andere Person als die Partei oder ihr im Urteil benannter Prozeßbevollmächtigter angegeben wird, geeignet, den Beginn der Notfrist zu bewirken?	367
103.	Gebühren der Sachverständigen in konsulargerichtlichen Sachen	409
107.	Berechnung des Streitwerts, wenn vom Käufer auf Rückgängigmachung eines vom Verkäufer noch nicht erfüllten Kaufvertrags geklagt wird	427

Sachregister 438
Gesetzesregister 453
Chronologische Zusammenstellung 462
Zusammenstellung nach Oberlandesgerichtsbezirken 467
Berichtigungen 468

1. 1. Kann auf Grund einer mündlichen, neben einem in der Form des § 313 Satzes 1 B.G.B. geschlossenen, aber durch Auflassung und Eintragung nicht vollzogenen Kaufvertrag vom Verkäufer gemachten Zusicherung gewisser Eigenschaften des verkauften Grundstückes von seiten des Käufers auf Wandelung geklagt werden, wenn jene Eigenschaften fehlen?

B.G.B. §§ 313. 125. 139. 462.

2. Liegt eine Zusicherung nur dann vor, wenn sie auf die Zukunft gerichtet ist?

B.G.B. §§ 459 Abs. 2. 463 Satz 1.

V. Civilsenat. Urt. v. 7. Juni 1902 i. S. G. Ehel. (Bekl.) w. Sch. (Kl.). Rep. V. 111/02.

I. Landgericht Kiel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die verklagte Ehefrau verkaufte unter der Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches durch notariell beurkundeten Vertrag dem Kläger ein Grundstück, auf welchem Gastwirtschaft betrieben wurde. Übergabe und Auflassung erfolgten nicht. Der Kläger behauptete, daß der Ehemann der Beklagten als deren Bevollmächtigter den in der Gastwirtschaft in dem vorhergehenden Jahre erzielten Bierumsatz mündlich zu hoch angegeben habe, und beantragte, festzustellen, daß der Kaufvertrag (wegen Betruges) nichtig sei, eventuell die Beklagten zu verurteilen, sich mit der Wandelung des Vertrages (wegen Mangels einer zugesicherten Eigenschaft des Kaufgegenstandes) einverstanden zu erklären.

Die Beklagten begehrten Abweisung der Klage, weil sie Angaben über die Höhe des Bierumsatzes im Sinne einer Zusicherung nicht

gemacht, vielmehr der Kläger selbst die Höhe des Bierumsatzes aus den Büchern der Beklagten berechnet habe.

Der erste Richter erkannte nach dem eventuellen Klagantrage, und die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben, und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen worden, aus folgenden

Gründen:

... „Nicht gerechtfertigt ist die Rüge der Revision, daß der Berufungsrichter den Begriff der Eigenschaft einer Sache und der Zusicherung verkannt habe. Es ist vom Reichsgericht in feststehender Rechtsprechung an dem auch in der Rechtslehre nicht angezweifelten Rechtssatze festgehalten worden, daß unter den Begriff der Eigenschaften nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse fallen, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach den Verkehrsanschauungen einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache zu üben pflegen. Zu solchen tatsächlichen Verhältnissen gehören der Ertrag und die Ertragsfähigkeit eines Grundstückes.

Vgl. z. B. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 311.

Demgemäß haftet der Verkäufer nach § 459 Abs. 2 B.G.B. für die Zusicherung eines bestimmten Ertrages oder einer bestimmten Ertragsfähigkeit des verkauften Grundstückes. Aus dem Begriffe der Zusicherung ergibt sich nicht, daß sie auf die Zukunft gerichtet sein müsse; vielmehr folgt aus § 463 Satz 1 B.G.B., nach welchem der Käufer, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, wahlweise die Gewährleistungsansprüche erheben oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen kann, daß die Zusicherung auch auf die Gegenwart oder Vergangenheit gestellt werden kann. So wurde denn auch schon in der auf das frühere Recht gegründeten Rechtsprechung des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. dess. in Civils. Bd. 21 S. 311; Seuffert, Arch. Bd. 40 S. 155 flg.; Jurist. Wochenschr. 1897 S. 581 Nr. 56,

angenommen, daß Angaben des Verkäufers eines Wohnhauses über die in der Vergangenheit erzielten Mietpreise, des Verkäufers einer Brauerei oder eines Grundstückes, auf welchem Gastwirtschaft betrieben

wird, über den in der Vergangenheit erzielten Bierumsatz zur Gewährleistung verpflichten. Voraussetzung ist jedoch, daß es sich dabei nicht um leere und als solche dem Käufer erkennbare Anpreisungen handelt, und daß die Angaben des Verkäufers auf die Bestimmung des Kaufpreises Einfluß haben konnten und gehabt haben. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, läßt sich nur nach Lage des Einzelfalles beurteilen. Es kommt dabei namentlich darauf an, ob die Zusicherung so geartet war, daß der Käufer daraus einen Schluß auf die für die Zukunft zu erwartenden Erträge bei vernünftiger Erwägung ziehen konnte. Nach diesen Richtungen hin hat der Berufungsrichter den vorliegenden Sachverhalt geprüft. Er führt aus, daß der Bierumsatz ländlicher Wirtschaften in der in Betracht kommenden Gegend für den Wert wesentlich ist, und daß beide Teile auf den Bierumsatz Gewicht gelegt haben. Da die Zusicherung sich auf den Bierumsatz für einen erheblichen Zeitraum, nämlich auf das ganze Jahr vor dem Kaufe, bezog, konnte der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum annehmen, daß der Kläger bei der Preisbewilligung darauf rechnen durfte und darauf gerechnet hat, es handle sich um Verhältnisse, deren künftiges Fortbestehen vernünftigerweise erwartet werden könne.

Begründet ist dagegen die Revisionsrüge der Verletzung des § 313 B.G.B. Die Zusicherung ist nur mündlich und nur vor der notariellen Beurkundung des Kaufvertrages über das Grundstück der Klägerin gegeben worden. Zutreffend geht der Berufungsrichter davon aus, daß sie nicht Gegenstand eines selbständigen Neben- oder Vorvertrages, sondern Bestandteil des über das Grundstück geschlossenen Kaufvertrages ist. Rechtsirrtümlich ist aber seine weitere Ausführung, welche dahin geht:

Als Teil des Kaufvertrages bedürfe die Zusicherung derselben Form, wie dieser, werde aber, wenn formlos gemacht, durch die Auflassung geheilt. Die Verabsäumung der Form für die Zusicherung führe nicht die Nichtigkeit des im übrigen formgerecht geschlossenen Vertrages herbei; vielmehr trage jene Zusicherung die Fähigkeit in sich, durch die Vollziehung des Vertrages (Auflassung und Eintragung) gültig zu werden, eine Fähigkeit, die einerseits nicht durch eine Willensänderung des Verkäufers noch zerstört werden könne, andererseits den Käufer hindere, die Nichtigkeit des ganzen Vertrages geltend zu machen. Die Zusicherung sei also noch ungültig, werde

aber mit der Vollziehung des Vertrages mit Notwendigkeit gültig. Sonach bestehe schon jetzt (d. h. vor der Vollziehung) ein Vertrag, der die Voraussetzungen des Wandelungsanspruches in sich enthalte. Der Käufer könne Auflassung (und Eintragung) verlangen, dadurch die Gültigkeit der Zusicherung herbeiführen und demnächst wandeln, jedoch nur, wenn er sich bei der Vollziehung unter Protest gegen diese den Wandelungsanspruch vorbehalte (§ 464 B.G.B.). Dies sei aber ein nutzloser Umweg, und daher anzunehmen, daß der Käufer auch schon vor der Auflassung und Eintragung auf Grund des Mangels einer mündlich zugesicherten Eigenschaft wandeln könne. Es liegt auf der Hand, daß bei dieser Deduktion die Bestimmungen des § 313 B.G.B. völlig bedeutungslos sind. Jeder ganz oder teilweise der Form des § 313 Satzes 1 nicht entsprechende Vertrag, der auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstücke gerichtet ist, kann freilich gemäß § 313 Satzes 2 durch Auflassung und Eintragung gültig werden; aber bis dahin bleibt er ganz oder teilweise nichtig (§§ 125. 139 B.G.B.), und kann daher aus ihm nicht auf Erfüllung geklagt werden. In einem demnächst zum Abdrucke gelangenden Beschlusse des jetzt erkennenden Senates (Beschw.-Rep. V. 64/02)[1] ist bereits ausgeführt, daß nicht etwa bloß der einzelne, auf Eigentumsübertragung gerichtete Bestandteil des Vertrages, sondern alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Beteiligten der Vertrag zusammensetzen soll, unter dem Formzwange des § 313 Satzes 1 stehen. Ist der ganze Vertrag formlos geschlossen, oder entbehren einzelne Bestandteile der Form, und ist im letzteren Falle nicht die Annahme begründet, daß der Vertrag auch ohne diese Bestandteile geschlossen sein würde (§ 139), so ist eine Vertragsklage überhaupt nicht gegeben, insbesondere nicht auf Auflassung und Eintragung. Ob diese Rechtsfolgerung auch auf den vorliegenden Fall Anwendung zu finden habe, kann dahingestellt bleiben; denn wenn man auch annehmen wollte, der Vertrag würde auch ohne die Zusicherung geschlossen sein, so würde zwar, da der notariell beurkundete Vertrag die Bestandteile, aus welchen sich ein Kaufvertrag begrifflich zusammensetzt, enthält, auf Auflassung und Eintragung geklagt werden können; aber durch die Auflassung und Eintragung wird nur der Formmangel

[1] Inzwischen ist der Abdruck erfolgt in Bd. 51 dieser Sammlung Nr. 48 S. 179. D. R.

solcher mündlichen Nebenberedungen geheilt, in betreff deren zur Zeit der Auflassung noch Willensübereinstimmung besteht. Im vorliegenden Falle will die Beklagte den Vertrag nicht auf der Grundlage der angeblichen mündlichen Zusicherung erfüllen. Ihr früher etwa vorhanden gewesener Wille, für die Zusicherung einzustehen, besteht nicht mehr, und daher ist in dieser Beziehung nichts vorhanden, worauf sich die heilende Kraft der Auflassung und Eintragung erstrecken könnte. Die Zusicherung war wegen Formmangels nichtig, und besteht sie nicht mehr. Demnach kann der Kläger aus der nichtigen Zusicherung auf Wandelung nicht klagen, und er würde unter den obwaltenden Umständen diese Klage auch dann nicht haben, wenn er die Auflassung und Eintragung erzwingen könnte. Im wesentlichen auf dem hier vertretenen Standpunkte steht Eccius (Gruchot, Beitr. Bd. 43 S. 309), welcher annimmt, daß die Zusicherung einer Eigenschaft der verkauften Sache nur dann gültig sei, wenn sie in den formgerechten Kaufvertrag aufgenommen ist. Entgegengesetzter Ansicht ist Dernburg (Bürgerl. R. Bd. 2 Abt. 2 S. 51 Nr. III), weil Treue und Glaube die Berücksichtigung der neben dem formgerechten Vertrage mündlich gemachten Zusicherung fordere. Das Reichsgericht hat jedoch wiederholt ausgesprochen und bleibt dabei stehen, daß Formvorschriften gegenüber die Berufung auf Treue und Glauben versagen muß, weil sonst die Formvorschriften bedeutungslos sein würden." ...

---

2. 1. Kann der Hypothekenschuldner sich dem eingetragenen Gläubiger gegenüber verpflichten, die Hypothek löschen zu lassen, sobald und soweit sie Eigentümergrundschuld werden sollte?
B.G.B. §§ 1163. 1179.
2. Unterschied zwischen Rücktritt vom Darlehnsvertrage und vorbehaltener vorzeitiger Zurückforderung des Darlehns.
B.G.B. §§ 346 flg.

V. Civilsenat. Urt. v. 7. Juni 1902 i. S. B. Konkursm. (Bekl.) w. R. (Kl.). Rep. V. 138/02.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Der Gemeinschuldner B. hatte am 16. August 1900 auf seinem Grundstücke in E. eine Darlehnshypothek von 35000 ℳ zu gunsten der Rheinischen Hypothekenbank zu M. eintragen lassen und nicht bloß der Gläubigerin den Vorrang ihrer Resthypothek vor etwaigen dem Eigentümer oder einem Dritten zufallenden Teilen derselben eingeräumt, sondern sich ihr gegenüber auch verpflichtet, die Hypothek löschen zu lassen, wenn und soweit sie sich mit dem Eigentum in Einer Person vereinigen würde. Diese Verpflichtung sollte durch Vormerkung sichergestellt werden; es ist aber zweifelhaft geblieben, ob dies in anderer Form als durch eine Verweisung auf die Eintragungsbewilligung geschehen ist. Die Hypothek sollte bis zum 1. Juli 1910 unkündbar sein; jedoch sollte die Gläubigerin die sofortige Rückzahlung ohne Kündigung u. a. dann verlangen können, wenn der Schuldner oder Eigentümer in Konkurs verfalle. Am 9. Oktober 1900 geriet der Schuldner B. in Konkurs, und am 20. Oktober 1900 wurde ihm darauf von der Bank mitgeteilt, daß sie von ihrem im Darlehensvertrage vorbehaltenen Rechte Gebrauch mache, vom Vertrage zurücktrete, die Auszahlung der noch nicht abgehobenen 20000 ℳ verweigere und sofortige Rückzahlung der schon ausgezahlten 15000 ℳ nebst Zinsen und Kosten verlange. Sodann bewilligte sie in einer notariellen Urkunde vom 31. Oktober/2. November 1900 Löschung von 20000 ℳ und trat zugleich die Forderung von 15000 ℳ nebst sämtlichen Rechten und Ansprüchen an den Bäckermeister Wilhelm R. ab, der eine nachstehende Hypothek von 10000 ℳ auf dem Grundstücke besaß. Dieser verlangte nun, auf Grund der von B. übernommenen Verpflichtung zur Löschung des mit dem Eigentume sich vereinigenden Teiles der Hypothek, die Löschung der für die Bank nicht zur Entstehung gelangten und daher zur Eigentümerhypothek gewordenen 20000 ℳ und klagte mit diesem Antrage gegen die B.'sche Konkursmasse.

Die Beklagte bestritt die Eintragung der zur Sicherung dieser Vertragsbestimmung versprochenen Vormerkung und hielt dazu die Bezugnahme der Eintragung auf die Eintragungsbewilligung nicht für genügend. Sie bestritt aber auch die Gültigkeit jener Vereinbarung überhaupt, weil nach § 1179 B.G.B. und Art. 194 Einf.-Ges. eine Vormerkung dieses Inhaltes nur zu gunsten *anderer* Hypothekengläubiger möglich sei, nicht zu gunsten des Hypothekengläubigers,

der sich — sinn- und zwecklos — eine Löschung seiner eigenen Hypothek, soweit sie nicht zur Entstehung gelange, ausbedingen wollte. Die Rheinische Hypothekenbank sei schon genügend gesichert gewesen durch den Vorbehalt des Vorranges ihrer Resthypothek vor dem Teile derselben, der dem Eigentümer oder sonst jemandem zufallen möchte. Der Schuldner habe die Löschung auch nur zugestanden in der Voraussetzung, daß eine Darlehensforderung wirklich entstanden sei; anderenfalls würde er sein eigenes Kreditbedürfnis geschädigt, nämlich das Vorrücken schon nacheingetragener Gläubiger gefördert haben. Ferner berief die Beklagte sich darauf, daß die Bank am 20. Oktober 1900 ihren Rücktritt vom Vertrage erklärt hat; damit hielt die Beklagte nach § 346 B.G.B. das ganze Darlehnsschuldverhältnis für ex tunc erledigt, so daß nur Wiederherstellung des früheren Zustandes, vom Kläger also als Nachfolger der Bank nichts weiter als Rückzahlung der 15000 ℳ verlangt werden könnte.

Der Kläger widersprach den Ausführungen der Beklagten und behauptete noch, daß die Bank in der Tat ein Interesse daran gehabt habe, bei dieser unsicheren Baugelderhypothek die Übernahme derselben durch nacheingetragene Gläubiger zu erleichtern.

Die Beklagte wurde zu der beantragten Löschung verurteilt, und ihre Berufung zurückgewiesen. Auch ihre Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter ist auf die Fragen nicht eingegangen, ob der Anspruch auf Löschung der Eigentümerhypothek, sei es durch Eintragung einer besonderen Vormerkung, sei es durch Verweisung auf die Eintragungsbewilligung, mit dinglicher Wirkung ausgestattet worden sei, und ob dies nach § 1179 B.G.B. hier überhaupt zulässig gewesen sein würde, wo die Gläubigerin des bezüglichen Hypothekpostens selbst, nicht ein gleich- oder nachstehender Hypothekengläubiger, die Löschung ausbedungen hat. Er hält nämlich den Grundstückseigentümer und Hypothekenschuldner B., jetzt dessen Konkursmasse, aus dem Grunde zu der verlangten Löschung für verpflichtet, weil B. der Hypothekengläubigerin, der Rheinischen Hypothekenbank, gegenüber diese Verpflichtung durch Vertrag übernommen habe, und das daraus entstandene Vertragsrecht von der genannten Bank an den Kläger R. abgetreten worden sei, ein Rücktritt der Bank von dem Darlehns-

vertrage aber, in dem Sinne und mit den Wirkungen der §§ 346 flg. B.G.B., nicht stattgefunden habe. Die hiergegen erhobenen Revisionsangriffe konnten nicht für begründet erachtet werden.

Die Zulässigkeit einer Vereinbarung des in Frage stehenden Inhaltes zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner einer Hypothek unterliegt keinem begründeten Bedenken. Wie jedem Hypothekengläubiger, so steht auch dem Inhaber einer Eigentümerhypothek die Entschließung darüber, ob und unter welchen Voraussetzungen er die Hypothek löschen lassen wolle, völlig frei; er ist also auch nicht gehindert, darüber im voraus Verpflichtungen einzugehen, sowohl gegen den dermaligen Inhaber der Hypothek wie gegen andere Personen. Eine entgegenstehende Vorschrift, insbesondere für den — hier vorliegenden — Fall, daß eine solche Verpflichtung dem dermaligen Hypothekengläubiger gegenüber übernommen wird, enthält das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, und eine solche läßt sich namentlich nicht daraus ableiten, daß besondere Vorsorge dafür getroffen ist, solchen Verpflichtungen eine dingliche Wirkung zu sichern, selbst wenn die darauf abzielende Bestimmung in § 1179 mit der Beklagten nur auf Verpflichtungen gegenüber gleich- oder nachstehenden Hypothekengläubigern bezogen werden dürfte, was hier dahingestellt bleiben kann. Daraus würde immer noch nicht folgen, daß das Gesetz einer entsprechenden Vereinbarung mit dem dermaligen Inhaber der späteren Eigentümerhypothek den Schutz entzogen habe, den es sonst den Verträgen gewährt. Eine solche Ansicht ließe sich höchstens auf die Behauptung stützen, daß Verträgen dieses Inhaltes überhaupt kein schutzwürdiges Interesse der Vertragsteile, insbesondere dessen, der daraus Rechte herleiten möchte, zu Grunde liege. Diese, von der Beklagten in der Tat aufgestellte Behauptung läßt sich jedoch nicht begründen. Es kann nicht bestritten werden, daß die mehrgenannte Bank, um bei dem vorliegenden Falle zu bleiben, sehr wohl ein Interesse daran hatte, bei einem teilweisen Übergange der für sie eingetragenen (noch dazu Baugelder-) Hypothek auf den Grundstückseigentümer die Abtretbarkeit ihrer Resthypothek an einen nacheingetragenen Hypothekengläubiger dadurch zu erleichtern, daß sie diesem zugleich das Aufrücken seiner eigenen Hypothek besorgte. So ist die Sache auch wirklich verlaufen. Der Kläger R., der die Resthypothek der Bank von 15000 ℳ erworben hat, hatte eine Hypothek hinter den für die Bank eingetragenen

35000 ℳ, die nach der im Streit befangenen Löschung um 20000 ℳ vorrückt. Daß dieses klar vorliegende Interesse der Bank an der Löschung des Hypothekenteiles, der auf den Eigentümer selbst übergehen würde, nicht schon gesichert war durch den ferner ausbedungenen Vorrang ihres Hypothekenrestes vor den übrigen Teilen der Hypothek, ist bereits vom ersten Richter zutreffend ausgeführt worden.

Die Revision bestreitet nun freilich, daß die in Rede stehende Vereinbarung zwischen der Bank und B. den ihr vom Berufungsrichter beigelegten Sinn habe, sie will derselben vielmehr die Bedeutung beigelegt wissen, daß B. sich nur verpflichtet habe, die zur Eigentümerhypothek werdenden Teile einer bereits entstandenen Hypothek löschen zu lassen, nicht auch die Hypothek in dem Betrage, der wegen Nichtauszahlung des zu grunde liegenden Darlehns niemals zu einer der Bank zustehenden Hypothek erwachsen, sondern Eigentümergrundschuld geblieben sei (§ 1163 Abs. 1 B.G.B.). Sie glaubt dafür erstens den Gebrauch des Wortes „Hypothek" anführen zu können, zu deren Löschung sich B. in der Schuld- und Pfandverschreibung vom 11. Juni 1900 verpflichtet habe, während die zwar als Hypothek eingetragenen 35000 ℳ, soweit die Bank darauf kein Geld bezahlt habe, Eigentümer- (nicht Hypothek, sondern) Grundschuld geblieben seien. Zweitens wiederholt sie den Hinweis darauf, daß der Schuldner B. durch eine weitergehende Löschungsverpflichtung seinem offensichtlichen Interesse zuwidergehandelt haben würde: soweit die Bank nicht zahlen werde, mit Hilfe seiner Eigentümergrundschuld andere Geldgeber zu gewinnen; sie rügt auch, daß der Berufungsrichter diesen Gesichtspunkt in seinen Entscheidungsgründen gar nicht erörtert habe, obwohl derselbe nach dem Tatbestande des Berufungsurteiles in der Berufungsinstanz geltend gemacht worden sei. Allein diese Ausführungen erschienen nicht geeignet, die gegenteilige Auslegung des Berufungsrichters zu erschüttern, da sich dieser eine Verletzung von Rechtsnormen nicht zur Last legen läßt. Aus dem Gebrauch des Wortes „Hypothek" läßt sich der von der Revision gewollte Schluß selbst dann nicht ziehen, wenn vorausgesetzt werden dürfte, daß den Vertragschließenden oder doch dem Notar, der den Vertrag aufgenommen hat, damals gegenwärtig gewesen sei, daß eine eingetragene Hypothek, soweit die ihr zu grunde liegende Forderung nicht zur Entstehung gelangt, nach richtigem Sprachgebrauch dem Eigentümer nicht als Hypothek, sondern

als Grundschuld zusteht. Diese Folgerung ist deshalb nicht gerechtfertigt, weil die in Frage stehende Belastung nun einmal als Hypothek eingetragen war, und auch das Gesetz selbst (§ 1163 Abs. 1) den Ausdruck „Hypothek" für den Teil der Eintragung gebraucht, der wegen Nichtentstehens einer Forderung zur Verfügung des Eigentümers bleibt, Mißverständnisse aus dieser Redeweise auch nicht zu besorgen standen. Zuzugeben ist, daß bei der in Frage stehenden Vereinbarung Gläubigerin und Schuldner entgegenstehende Interessen hatten; aber dies kann auch dem Berufungsrichter nicht entgangen sein, der den darauf gestützten Einwand der Beklagten im Tatbestande wiedergegeben hat. Wenn er darauf in den Gründen nicht wieder zurückgekommen ist, so erklärt sich das daraus, daß er jenen Einwand durch den klaren Wortlaut der Vereinbarung und die bekannte, auch in den sonstigen Abmachungen dieser Schuld- und Pfandverschreibung bestätigte Tatsache, daß der Geldgeber seine Interessen denen des Geldsuchenden voranzustellen weiß, für widerlegt angesehen haben wird und ansehen durfte.

Vergebens bekämpft die Revision ferner die Annahme des Berufungsgerichts, daß das so von der Bank gewonnene Vertragsrecht auf Löschung der Eigentümergrundschuld von 20000 ℳ nicht, wie die Beklagte meint, wieder verloren gegangen sei durch einen mit den Wirkungen der §§ 346 flg. B.G.B. erklärten Rücktritt der Bank von dem Darlehns- und Hypothekenvertrage. Mit Recht führt der Berufungsrichter ebenso wie der erste Richter aus, daß ein solcher Rücktritt gar nicht vorliege. In dem Vertrage hatte sich die Bank nicht ein Rücktrittsrecht, sondern nur das Recht vorbehalten, in gewissen Fällen, u. a. beim Konkurse des Schuldners, die sofortige Rückzahlung des Darlehns, das sonst bis zum 1. Juli 1910 unkündbar sein sollte, verlangen zu dürfen. Wenn sie nun am 20. Oktober 1900, nachdem der Konkursfall eingetreten war, an den Gemeinschuldner B. schrieb, daß sie von dem im Darlehnsvertrage vorbehaltenem Recht Gebrauch mache und sofortige Rückzahlung der ausgezahlten 15000 ℳ verlange, so kann darin mit den Vorderrichtern nur eine Ausübung des vorbehaltenen Rückforderungsrechts gefunden werden, und daran kann auch der Umstand nicht irre machen, daß in dem Schreiben weiter gesagt wird: die Bank trete hiermit von dem erwähnten Vertrage zurück und verweigere die Auszahlung des noch nicht abgehobenen

Teiles des Darlehns. Zu dieser Verweigerung war die Bank nach § 610 B.G.B. bei der, wie der Konkurs bewies, eingetretenen wesentlichen Verschlechterung der Vermögensverhältnisse des B. gesetzlich, nicht auf Grund eines gar nicht vorbehaltenen Rücktrittsrechts, berechtigt, und wenn sie dabei gleichwohl von einem Rücktritt vom Vertrage sprach, so war dies nur ein Fehlgreifen im Ausdruck, insofern damit nicht gemeint sein konnte, daß das Vertragsverhältnis rückwärts wieder aufgelöst werden sollte so, wie es das Bürgerliche Gesetzbuch für den Fall des vorbehaltenen Rücktritts anordnet.

Endlich bestreitet die Revision auch zu Unrecht, daß das vertragsmäßige Löschungsrecht der Bank übertragbar gewesen und tatsächlich auf den Kläger R. übertragen worden sei. Für die Annahme, daß die Bank sich das Recht auf Löschung nur als ein höchst persönliches, nicht übertragbares Recht ausbedungen haben sollte, während dasselbe doch, wie vorher erörtert ist, einem Interesse des ursprünglich aus der Eintraguug Berechtigten entsprach und folgeweise auch für dessen Rechtsnachfolger von Nutzen sein, also die Veräußerung der Hypothek erleichtern mußte, fehlt es an jedem Anhalt. Daß aber dieses Recht in der Tat von der Bank an den Kläger R. abgetreten worden ist, ergibt die vorliegende Abtretungsurkunde vom 31. Oktober/2. November 1900, worin die in Frage stehende Forderung von 15000 ℳ mit sämtlichen der Bank zustehenden Rechten und Ansprüchen an R. abgetreten worden ist. Wenn die Revision geltend macht, daß über die Abtretung dieses Nebenrechts in den Instanzen nicht verhandelt worden sei, so erklärt sich dies daraus, daß darüber kein Zweifel obwalten konnte." ...

---

3. Erfordernisse der Rechtswirksamkeit einer Zustellung im Enteignungsverfahren nach § 39 des Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 in Verbindung mit den Vorschriften der Civilprozeßordnung a. F.

VII. Civilsenat. Urt. v. 10. Juni 1902 i. S. Neustadt-Gogoliner Eisenbahngesellschaft (Bekl.) w. E. (Kl.). Rep. VII. 117/02.

I. Landgericht Oppeln.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Die Beklagte hatte als Unternehmerin des Baues einer Eisenbahn von Neustadt O./S. nach Gogolin kraft des ihr verliehenen

Enteignungsrechtes aus dem der Klägerin gehörigen Grundstück Bl. 81 K. für die Eisenbahn eine Parzelle in Anspruch genommen. Durch Beschluß des Bezirksausschusses zu O. vom 3. September 1896 wurde die Entschädigung auf 10302 ℳ bestimmt. Über die Zustellung dieses Beschlusses lag die beglaubigte Abschrift einer Postzustellungsurkunde vor, in welcher als Absender der Bezirksausschuß unter Angabe der Geschäftsnummer B. A. III. 4045, als Adressatin die Klägerin bezeichnet waren; der Postbote S. zu K. bescheinigte darin, daß er der Adressatin selbst in deren Wohnung am 4. September 1896 den, wie angegeben, adressierten und beschriebenen, mit dem Dienstsiegel verschlossenen, Brief übergeben habe. Im übrigen war das Formular durchstrichen. Das Berufungsgericht stellte fest, daß die Geschäftsnummer diejenige des Beschlusses sei. Die Klägerin forderte im Rechtswege die Erhöhung der Entschädigung auf 100000 ℳ. Die Klage wurde vom Landgerichte abgewiesen. Sie war am 15. März 1897 zugestellt; das Landgericht nahm deshalb an, daß die im § 30 des preußischen Enteignungsgesetzes vom 11. Juni 1874 (Gesetzs. S. 221) bestimmte sechsmonatliche Frist versäumt sei. In der Berufungsinstanz beschränkte die Klägerin ihren Entschädigungsanspruch auf 50000 ℳ. Das Berufungsgericht sprach ihr 25228 ℳ nebst Zinsen zu. Die zur Beschreitung des Rechtsweges gegebene Frist hielt es für gewahrt, da die Zustellung des die Entschädigung feststellenden Beschlusses des Bezirksausschusses unwirksam sei. Zu der Festsetzung der Entschädigung in der gedachten Höhe gelangte es auf Grund einer umfassenden Beweisaufnahme.

Der Revision der Beklagten ist stattgegeben aus folgenden

Gründen:

„Der Angriff der Revision richtet sich lediglich gegen die Annahme des Berufungsrichters, daß die Zustellung des Feststellungsbeschlusses an die Klägerin ungültig sei. Der Angriff ist begründet.

Der § 39 des Enteignungsgesetzes bestimmt:

Alle Vorladungen und Zustellungen im Enteignungsverfahren sind gültig, wenn sie nach den für gerichtliche Behändigungen bestehenden Vorschriften erfolgt sind. Die vereideten Verwaltungsbeamten haben dabei den Glauben der zur Zustellung gerichtlicher Verfügungen bestellten Beamten.

Die Bestimmung ist auch nach Regelung des Zustellungswesens im Verwaltungsstreitverfahren,

vgl. § 56 des Gesetzes über die allgemeine Landesverwaltung vom 30. Juli 1883; Regulativ zur Ordnung des Geschäftsganges und des Verfahrens bei den Bezirksausschüssen vom 28. Februar 1884 (Ministerial-Blatt für die innere Verwaltung S. 37; Brauchitsch, Bd. 1 S. 586 flg.) § 17; Regulativ für den Geschäftsgang bei dem Oberverwaltungsgericht vom 22. Februar 1892 (Brauchitsch, Bd. 1 S. 573 flg.) § 16,

in Kraft geblieben,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 39 S. 358,

und es ist daher dem Berufungsrichter darin beizutreten, daß die Beschlüsse des Bezirksausschusses in Enteignungssachen nach Maßgabe der Vorschriften der Civilprozeßordnung zuzustellen sind, und daß grundsätzlich nur die Zustellung in diesen Formen dem Gesetze genügt.

Vgl. Eger, Enteignungsrecht Bd. 2 S. 428 und das angeführte Urteil des Reichsgerichtes.

Auch ist in dem Umstande, daß die Klageschrift selbst die Zustellung als am 4. September 1896 geschehen bezeichnet, kein Anerkenntniß der Klägerin bezüglich der Rechtswirksamkeit der Zustellung zu finden, wie dies in dem der erwähnten Entscheidung des Reichsgerichtes zu Grunde liegenden Fall angenommen werden konnte. Es kommt also darauf an, ob die Zustellung des Beschlusses nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung alter Fassung derart fehlerhaft ist, daß sie als nicht erfolgt gelten muß. Diese Frage ist entgegen dem Berufungsrichter zu verneinen.

In dem Streite darüber, ob die Bestimmungen der Civilprozeßordnung über die Zustellung sog. Mußvorschriften oder nur Sollvorschriften bilden,

vgl. Wilmowski-Levy, 7. Aufl. Anm. 1 zu § 156,

hat sich auch die strengere Ansicht überwiegend auf den Standpunkt gestellt, daß nur die auf den Zustellungsakt selbst bezüglichen Vorschriften zu der ersteren Gattung zu rechnen seien, nicht dagegen die Vorschriften über die Sicherung des Beweises der Zustellung, also über die Herstellung der Zustellungsurkunde.

Vgl. Wilmowski-Levy, Anm. 1 zu § 173 C.P.O.

Insbesondere hat sich auch das Reichsgericht mehrfach dahin aus-

gesprochen, daß der Mangel der Übergabe einer Abschrift der Zustellungsurkunde die Zustellung nicht ungültig mache.

Vgl. Jurist. Wochenschr. 1892 S. 331 Nr. 5, V. 71/92, vergl. ferner Jurist. Wochenschr. 1900 S. 564 Nr. 2, B. V. 83/00.

Von dieser Auffassung aus, von der abzuweichen ein Anlaß nicht vorliegt, ist es nur ein Verstoß gegen eine instruktionelle Vorschrift, wenn der Klägerin keine Abschrift der Zustellungsurkunde eingehändigt worden ist. Auf gleicher Linie bewegt sich die Rüge des Berufungsrichters, daß die Übergabe der Ausfertigung des zuzustellenden Beschlusses an die Post zum Zwecke der Zustellung nicht auf der Urschrift oder auf einem mit ihr verbundenen Bogen kenntlich gemacht sei (§ 177 Satz 2 C.P.O.). Ebenso verhält es sich damit, daß anscheinend die Zustellungsurkunde nicht mit der Urschrift des Beschlusses in der vorgeschriebenen Weise verbunden worden ist (§ 173 Abs. 2 C.P.O). Es handelte sich um die Zustellung einer Ausfertigung des Beschlusses. In solchen Fällen ist die Herstellung einer selbständigen Zustellungsurkunde nicht unzulässig.

Vgl. Jurist. Wochenschr. 1883 S. 268; Wilmowski-Levy, Anm. 4 zu § 156, Anm. 3 zu § 173.

Nur muß aus der Urkunde mit Sicherheit erhellen, welches Schriftstück übergeben worden ist. Darüber aber ist im gegenwärtigen Falle kein Zweifel, daß der Postbote der Klägerin den Beschluß des Bezirksausschusses, der durch die Geschäftsnummer ausreichend identifiziert ist, eingehändigt hat. Es bleibt sonach nur noch der Vorwurf des Berufungsrichters, daß die Post unmittelbar, ohne Vermittelung des Gerichtsvollziehers, um die Zustellung ersucht worden sei. Im Civilprozesse wird allerdings angenommen, daß bei Zustellungen von Amts wegen der Gerichtsschreiber, der sie als Organ des Gerichtes herbeizuführen hat, die Post nicht unmittelbar angehen dürfe, sondern daß er sich der Vermittelung des Gerichtsvollziehers zu bedienen habe,

vgl. Wilmowski-Levy, Anm. 2 Abs. 5 zu § 152, Anm. 1 zu § 179 C.P.O.,

und man wird auch zugeben dürfen, daß ein Verstoß in diesem Punkte den Zustellungsakt selbst betrifft.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 47 S. 400.

Allein der Berufungsrichter hat den zweiten Satz des § 39 des Enteignungsgesetzes nicht genügend berücksichtigt, dort sind die für die

gerichtlichen Behändigungen bestellten Beamten, als welche schon zur Zeit des Erlasses des Enteignungsgesetzes für das Gebiet des rheinischen Rechtes die Gerichtsvollzieher in Betracht kamen, durch die vereideten Verwaltungsbeamten ersetzt (Eger, Anm. 276 zu § 39). Damit ist der Gerichtsvollzieher als Zustellungsorgan ausgeschaltet, und es kann davon keine Rede sein, daß er vom Bezirksausschusse mit der Zustellung zu beauftragen sei und seinerseits die Post um die Zustellung zu ersuchen habe. Wenn daher im vorliegenden Falle der Bezirksausschuß als der Absender des zuzustellenden Schriftstückes bezeichnet und mithin davon auszugehen ist, daß auf sein unmittelbares Ersuchen die Post tätig geworden ist, so kann dies nicht beanstandet werden. Die Unter- und Subalternbeamten der Regierung haben hinsichtlich des Zustellungswesens nicht die selbständige Stellung, welche den Gerichtsvollziehern und Gerichtsschreibern in diesem Punkte eingeräumt ist, und es ist demnach auf die Gültigkeit der Zustellung ohne Einfluß, wenn jene Beamten nicht als vermittelnde Zwischenorgane für die Zustellung, sondern augenscheinlich nur als Werkzeuge für die Abgabe des Schriftstückes nebst Formular der Zustellungsurkunde an die Post in Anspruch genommen worden sind. Muß man auch in Enteignungssachen die Zustellung durch die Post als zulässige Zustellungsform ansehen, so ist dagegen kein Bedenken zu erheben, daß die Verwaltungsbehörde selbst, welche gleichfalls aus vereideten Verwaltungsbeamten besteht, die Post wegen Vornahme der Zustellung angeht. Hiernach ist der Feststellungsbeschluß der Klägerin rechtswirksam am 4. September 1896 zugestellt. Die gegenteilige Annahme des Berufungsrichters beruht auf einer Verkennung der rechtlichen Tragweite des § 39 des Enteignungsgesetzes. Seine Entscheidung unterlag daher sammt dem Versäumnisurteile vom 6. Juli 1901 der Aufhebung. In der Sache selbst ergiebt sich, daß die Klage wegen Ablaufes der durch den § 30 des Enteignungsgesetzes festgesetzten sechsmonatlichen Präklusivfrist abzuweisen ist." . . .

---

4. 1. Liegt ein Überbau im Sinne des § 912 B.G.B. auch dann vor, wenn der Bau sich über ein ganzes Nachbargrundstück erstreckt?

2. Können Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit auch dann verneint werden, wenn der Bauende die Grenze wissentlich überschritten hat?

V. Civilsenat. Urt. v. 11. Juni 1902 i. S. Stadtgemeinde Köln (Kl.) w. O. (Bekl.). Rep. V. 113/02.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin hatte eine bei Feststellung einer neuen Fluchtlinie überflüssig gewordene, auf ein besonderes Grundbuchblatt übertragene Parzelle von 12,10 Quadratmeter an eine Witwe K., vor deren Grundstücke die Parzelle liegt, verkauft. Der Kaufpreis war bisher nicht bezahlt, die Auflassung nicht erfolgt. Die Witwe K. begann vor dem 1. Januar 1900 auf ihrem Grundstück und auf jener Parzelle einen Neubau, welcher die ganze Parzelle bedeckte, und ihre Erbin verkaufte demnächst das Grundstück nebst der Parzelle an den Beklagten, welcher den Bau vollendete. Die Klägerin verlangte als Eigentümerin der Parzelle Beseitigung des Gebäudes, soweit es auf der früheren Straßenparzelle stehe. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, weil Klägerin gemäß § 912 B.G.B. nur auf eine Überbaurente Anspruch erheben könne.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage, der Berufungsrichter dagegen wies die Klage ab.

Die Revision der Klägerin ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Dem Berufungsrichter ist darin beizutreten, daß der Fall eines Überbaues im Sinne des § 912 B.G.B. auch dann gegeben ist, wenn bei einem Baue die Grenze derart überschritten wird, daß — wie vorliegend — ein Nachbargrundstück von unbedeutendem Flächeninhalte durch Teile des Gebäudes ganz überdeckt wird. Das Gesetz macht seine Anwendung nicht davon abhängig, daß der Überbau sich nur auf einen Teil des Nachbargrundstückes erstreckt. Zutreffend und mit der Rechtsprechung des Reichsgerichtes,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 46 S. 143, Bd. 47 S. 114; Rhein. Archiv Bd. 97 II S. 142,

im Einklange befindlich ist auch die Ausführung, daß, da der Beklagte Eigentum an der vor dem 1. Januar 1900 überbauten Parzelle nicht erlangt hat, die Rechte der Eigentümerin der Parzelle (der Klägerin) gemäß Art. 181 Einf.-Ges. zum B.G.B. sich nach den §§ 912 flg. B.G.B. bestimmen.

Der Tatbestand des § 912 B.G.B. ist nur gegeben, wenn der

Eigentümer über die Grenze gebaut hat, ohne daß ihm Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit zur Last fällt. Fehlt es an dieser Voraussetzung, liegt Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit vor, so braucht der Nachbar den Überbau nicht zu dulden, kann vielmehr Beseitigung des auf seinem Grundstücke stehenden Gebäudeteils verlangen (§§ 903. 1004 B.G.B.), auch wenn er dem Baue nicht widersprochen hat. Nach dem Wortlaute des § 912 könnte es zweifelhaft sein, ob sich Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit nicht lediglich auf Verletzung der Grenze richtet. Auf Grund allgemeiner Rechtsgrundsätze muß jedoch angenommen werden, daß Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit dann zu verneinen sind, wenn der Bauende zu der Annahme berechtigt war, daß er über die Grenze bauen dürfe. Eine solche Annahme kann unter besonderen Umständen ihre Berechtigung in einem obligatorischen Vertrage finden, durch welchen sich der Nachbar zur Überlassung des Eigentums an der hinterher überbauten Fläche verpflichtet hat. Die Ausführung des Berufungsrichters, daß, wenn schon die Nichterhebung des Widerspruches als Genehmigung der Grenzüberschreitung vom Gesetzgeber angesehen werde, dies um so mehr gelten müsse, wenn die überbaute Fläche vor dem Überbauen an den Bauenden verkauft sei, bewegt sich im Kreise. Die Nichterhebung des Widerspruches hat nur dann den Verlust des Rechtes auf Beseitigung des Gebäudes zur Folge, wenn die Grenzüberschreitung ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit erfolgt ist. Wäre der Verkauf der Nichterhebung des Widerspruches gleichzustellen, so würde der Verkauf in Verbindung mit dem Überbauen jenen Rechtsverlust nur zur Folge haben, wenn die Grenzüberschreitung nicht auf Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit beruht. Abgesehen davon ist es nicht angänglich, dem Verkauf allgemein jene Folge zuzuschreiben. Das Berufungsurteil beruht jedoch nicht auf diesen rechtsirrtümlichen Ausführungen, vielmehr hat der Berufungsrichter die besondere Lage des vorliegenden Falles gewürdigt. Wenn er dabei gefunden hat, daß die Bauenden (die Witwe K. und der Beklagte) zu der Annahme berechtigt waren, daß der schmale Streifen frei gewordenen Straßenlandes von ihnen nach dem Willen der Klägerin, deren Baudeputation überdies die Bauerlaubnis erteilt hatte, schon vor Erfüllung des Kaufvertrages bebaut werden durfte, so bewegt er sich auf tatsächlichem, den Angriffen durch die Revision entzogenem Gebiete." . . .

5. Kann von dem Käufer auf Grund des Vertragsverhältnisses neben der Wandelung auch ein Schadensersatzanspruch gegen den Verkäufer geltend gemacht werden?
B.G.B. §§ 276. 462.

II. Civilsenat. Urt. v. 13. Juni 1902 i. S. L. C. (Bekl.) w. F. Ph. (Kl.). Rep. II. 26. 169/02.

I. Landgericht Meseritz.
II. Oberlandesgericht Posen.

Die Parteien waren Getreidehändler. Der Kläger kaufte von dem Beklagten 20 Tonnen Roggen, lieferbar frei Bahnhof B., und verkaufte ihn noch vor der Lieferung an H., der ihn an den Müller K. zu A. Ch. weiter verkaufte. Letzterer weigerte die Annahme, da der Roggen naß und deshalb nicht mahlfähig sei, worauf der Kläger dem Beklagten rechtzeitig Mängelanzeige zukommen ließ und ihm den Roggen zur Verfügung stellte. Indem er Wandelung geltend machte, erhob er Klage auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung von 222,75 ℳ nebst Zinsen und beantragte die auf Zahlung des Kaufpreises erhobene Widerklage abzuweisen. Die Klagesumme setzte sich nach Angabe des Klägers zusammen aus der von ihm für den Bahntransport von B. nach A. Ch. bezahlten Fracht und dem Rollgeld für das Anfahren nach der Mühle des K., sowie aus der durch Deckungskauf hervorgerufenen Mehrausgabe, und es erachtete der Kläger den Beklagten deshalb zum Ersatze dieser Auslagen als verpflichtet, weil er unter Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes ihm im Sinne des § 459 B.G.B. fehlerhaften Roggen geliefert habe.

Das Oberlandesgericht hielt die Wandelung für begründet, wies deshalb die Widerklage ab, erklärte den Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt und verwies die Sache zur Entscheidung über die Höhe des Anspruches in die erste Instanz zurück.

Auf die Revision wurde das Berufungsurteil insoweit aufgehoben, als es den Klagantrag dem Grunde nach für berechtigt erklärt und die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen hatte, und wurde dieserhalb die Sache zu anderweiter Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

... „Die Zusprechung der Hauptklage ist nicht genügend begründet. Dieselbe ist ausdrücklich als Schadensersatzklage erhoben, der Kläger hat mit ihr Ersatz der von ihm für den Bahntransport B.—A. Ch. bezahlten Eisenbahnfracht, des Rollgeldes für das Anfahren zur Mühle und der Mehrausgabe infolge des angeblich erforderlichen Deckungskaufes verlangt und dieses damit begründet, daß diese Ausgaben dadurch veranlaßt worden seien, daß der Beklagte unter Außerachtlassung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes ihm nassen und dadurch nicht mahlfähigen, im Sinne des § 459 B.G.B. fehlerhaften Roggen geliefert habe. Diese Auslagen bilden nicht einen Teil des Kaufpreises, sie stellen keine notwendigen Aufwendungen für den Kaufgegenstand dar, wenigstens enthält das Berufungsurteil hierfür keine Feststellung; sie konnten daher, wie anscheinend das Oberlandesgericht getan hat, auf Grund der Wandelung nicht zugesprochen werden. Denn nach §§ 467. 346 und 347 B.G.B. erstreckt sich die Verpflichtung des Verkäufers aus der Wandelung nur auf die Rückgabe des Kaufpreises mit Zinsen vom Tage des Empfanges ab sowie auf Ersatz der Vertragskosten und der notwendigen Verwendungen (§§ 683. 994 Abs. 2 B.G.B.). Damit ist allerdings nicht ausgeschlossen, daß auf Grund des Vertragsverhältnisses ein Schadensersatzanspruch neben der Wandelung bestehen und geltend gemacht werden kann, wenn nämlich die eine Vertragspartei schuldhafterweise ihre Vertragspflicht verletzt und hierdurch dem anderen Kontrahenten Schaden verursacht hat, der in der Wirkung der Wandelung nicht seine Deckung findet, und dessen Geltendmachung nicht eine besondere Gesetzesvorschrift entgegensteht. Es folgt dieses aus § 276 B.G.B. Denn hat hiernach der Schuldner, sofern nicht ein anderes bestimmt ist, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei seiner Leistungspflicht zu vertreten, so kann mangels anderweiter gesetzlicher Vorschrift diese Vertretungspflicht gegenüber dem anderen Teile nur in der Weise verwirklicht werden, daß der Schuldner den Schaden ersetzt, der durch sein vorsätzliches oder fahrlässiges Handeln der anderen Partei erwachsen ist. Wollte man diesen Schluß nicht zulassen, so würde der einen allgemeinen Grundsatz aussprechende § 276 erheblich an Bedeutung verlieren, was nicht als von dem Gesetze gewollt angenommen werden kann. Hiernach könnte vom Gesichtspunkte der

schuldhaften Vertragsverletzung aus und, da es sich um ein Handelsgeschäft handelt, unter Berücksichtigung des § 347 H.G.B., der Klaganspruch aufrecht erhalten werden. Da aber in dieser Beziehung es in dem Berufungsurteile an jeder Begründung fehlt, war dessen die Klage im Prinzipe zusprechende Entscheidung mit der Zurückverweisung in die erste Instanz aufzuheben und die Sache in diesem Punkte an das Berufungsgericht zurückzuverweisen." . . .

---

6. Sind die auf Grund des § 8 des preußischen Gesetzes vom 21. Juli 1852, betr. Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten, ergangenen Entscheidungen der Disziplinar- und Verwaltungsbehörden über die Entziehung des Gehaltes für die Beurteilung der vor den Gerichten geltend gemachten Gehaltsansprüche maßgebend?
Preuß. Gesetz vom 24. Mai 1861, betr. die Erweiterung des Rechtsweges, § 5.

III. Civilsenat. Urt. v. 13. Juni 1902 i. S. B. (Kl.) w. preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. III. 65/02.

I. Landgericht Altona.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Die Frage ist bejaht aus folgenden

Gründen:

„Der Kläger, der Militäranwärter ist, war von der Königlich Preußischen Eisenbahndirektion Altona, zuletzt als Lademeisterdiätar, mit einmonatlicher Kündigung angestellt. Am 7. Februar 1899 hat er im Dienste einen Unfall erlitten und blieb angeblich, weil er sich bei demselben einen Rippenbruch zugezogen habe, vom 7. März 1899 ab vom Dienste fern. Zum Nachweise seiner Dienstunfähigkeit hat er Zeugnisse des ihn behandelnden Arztes, sowie zweier anderer Ärzte vorgelegt. Die Eisenbahndirektion ihrerseits ordnete seine Untersuchung durch den Bahnarzt und den zuständigen Kreisphysikus in Perleberg an, verneinte auf Grund der von diesen Sachverständigen erstatteten Gutachten die andauernde Dienstunfähigkeit des Klägers und forderte denselben am 10. Juni 1899 bei Vermeidung der Dienstentlassung

zum alsbaldigen Wiederantritte seines Dienstes auf. Kläger leistete keine Folge und wurde ihm hierauf durch Erlaß der vorgesetzten Dienstbehörde, der Verkehrsinspektion zu Wittenberge, vom 20. Juni, zugestellt am 21. Juni, auf 31. Juli 1899 der Dienst gekündigt und ihm gleichzeitig, gemäß § 8 des Gesetzes vom 21. Juli 1852, betreffend die Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten, der Gehalt für die Dauer seines Fernbleibens vom 11. Juni 1899 ab entzogen. Der Kläger hat seinen Dienst bis zum 31. Juli 1899 nicht wieder angetreten. Er hat vielmehr am 22. Juni 1899 um eine Entscheidung gemäß § 2 des Gesetzes vom 24. Mai 1861, betr. die Erweiterung des Rechtsweges, über die verfügte Gehaltsentziehung bei der Königlichen Eisenbahndirektion Altona und in der Folge bei dem Minister der öffentlichen Arbeiten nachgesucht und, nachdem von diesen Behörden die Aufhebung derselben abgelehnt war, die gegenwärtige Klage auf Auszahlung seines Gehaltes für den Monat Juli 1899 in Höhe von 100 ℳ erhoben. Die beiden Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen, da die Gehaltsentziehung gemäß § 8 des angeführten Gesetzes von 1852 begründet erscheine; das Berufungsgericht nimmt an, daß der Kläger nur dann ausreichend entschuldigt erscheine, wenn er den vollen Nachweis seiner Dienstunfähigkeit für die Zeit seines Fernbleibens vom Dienste nach dem 10. Juni 1899 erbringe, ein solcher Beweis sei aber nicht erbracht.

Die vom Kläger gegen das Berufungsurteil erhobene Revision ist gemäß § 542 Nr. 2 C.P.O., vergleiche Preußisches Ausführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 24. Juni 1878 § 39, zulässig. Es ist auch für die Klage an sich gemäß § 1 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 der Rechtsweg nicht ausgeschlossen. Gleichwohl ist aber auf die vom Kläger erhobenen materiellen Revisionsangriffe nicht einzugehen, denn die Frage, ob die Gehaltsentziehung gemäß § 8 des Gesetzes vom 21. Juli 1852 begründet erscheint, ist der richterlichen Kognition entzogen, für den ordentlichen Richter ist gemäß § 5 des Gesetzes, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges vom 24. Mai 1861 die Entscheidung der Verwaltungs- bezw. Disziplinarbehörde maßgebend und ist somit, da die zuständige Verwaltungsbehörde die Gehaltsentziehung verfügt hat, die Klage zurückzuweisen, ohne daß mit den Vorinstanzen nachzuprüfen ist, ob die Voraussetzungen des § 8 des angeführten Gesetzes zutreffen.

Es bestimmt nämlich § 10 des Gesetzes vom 21. Juli 1852:

„Die Entziehung des Diensteinkommens (§ 8) wird von derjenigen Behörde verfügt, welche den Urlaub zu erteilen hat. Im Falle des Widerspruches findet das förmliche Disziplinarverfahren statt."

Durch die Gleichstellung der Gehaltsentziehung (§ 8) mit der Dienstentlassung (§ 11) insbesondere aber durch deren Überweisung an die Disziplinarbehörden und in das Disziplinarverfahren ist zum Ausdruck gebracht, daß dieselbe keinen civilrechtlichen, sondern einen strafrechtlichen (Disziplinarstraf-) Charakter hat. Davon gehen sämtliche Kommentatoren des Gesetzes,

Seydel, Gesetz betreffend Dienstvergehen S. 81 und 84; Thilo, Die Preußischen Disziplinar-Gesetze S. 42; Kletke, Die Disziplinar-Gesetze S. 28; v. Rönne-Zorn, Preußisches Staatsrecht Bd. 1 S. 450; Müller, Preußische Justizverwaltung Bd. 1 S. 465,

wie auch die Praxis,

Preußische Staatsministerial-Verfügung vom 14. April 1860, Justizministerialblatt S. 160, vgl. Allerhöchsten Erlaß vom 11. Mai 1885, Justizministerialblatt S. 170 und Staatsministerialbeschluß vom 2. September 1899, Centralblatt für Unterrichtsverwaltung S. 818, ferner Reskript vom 24. Januar 1876, abgedruckt bei Müller a. a. O. Tl. 1 S. 505 Ziff. 2 § 1 d,

aus. Insbesondere bezeichnet der erstgenannte Staatsministerialbeschluß vom 14. April 1860 die Festsetzungen des § 8 als „Straffestsetzungen" und hat deren Verrechnung als „Ordnungsstrafen" angeordnet. Allerdings ist die Gehaltsentziehung in §§ 14 und 15 des Gesetzes von 1852, welche von den Ordnungsstrafen handeln, nicht wiederholt aufgeführt, allein dies hindert nicht, angesichts des Disziplinarstrafcharakters der Bestimmung dieselbe als Ordnungsstrafe im weiteren Sinne aufzufassen und zu behandeln. Diese Auslegung und Auffassung der §§ 8 und 10 ist dann auch bei der Beratung des Reichsbeamtengesetzes widerspruchslos anerkannt worden. Nach dem § 75 des Entwurfes dieses Gesetzes sollte die Bestimmung des § 8 unter die Strafbestimmungen aufgenommen und wie in den preußischen Gesetzen den Disziplinarbehörden zugewiesen werden. In dritter Lesung wurde sie aber an dieser Stelle gestrichen und als Absatz 3 in den § 14 des Gesetzes aufgenommen mit der ausdrücklichen Begründung seitens des Antragstellers (Verhandlungen des Reichstages 1872/3, stenographischer

Bericht S. 895), daß damit zum Ausdrucke gebracht werden solle, daß die Bestimmung — abweichend von der preußischen Gesetzgebung — keinen strafrechtlichen Charakter haben, vielmehr eine civilrechtliche Folge der Nichterfüllung der Amtspflicht und des dadurch dem Staate zugefügten Schadens enthalte. Es wurde daher auch keine dem § 10 des preußischen Gesetzes entsprechende Bestimmung eingefügt. Demgemäß stellen auch die Kommentatoren des Reichsbeamtengesetzes diesen Gegensatz zur preußischen Gesetzgebung fest,

Pieper, Reichsbeamtengesetz S. 142; Kannengießer, Das Recht der Reichsbeamten S. 69; Thudichum in Hirths Annalen 1876 S. 280,

während anderseits der § 7 des Gesetzes für Elsaß-Lothringen vom 13. Februar 1899 wieder zu der preußischen Auffassung zurückgekehrt ist.

Hat man nun aber die Gehaltsentziehung als Strafe, und zwar als Ordnungsstrafe im weiteren Sinne anzusehen, so ist auch § 5 des Gesetzes vom 24. Mai 1861, betreffend die Erweiterung des Rechtsweges, (vgl. § 8 daselbst) auf dieselbe anwendbar und der ordentliche Richter an die Entscheidung der Disziplinar- und Verwaltungsbehörde gebunden." ...

---

7. Einwand des anders verabredeten als niedergeschriebenen Vertrages nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

VII. Civilsenat. Urt. v. 13. Juni 1902 i. S. M. (Kl.) w. v. d. O. (Bekl.). Rep. VII. 126/02.

I. Landgericht Frankfurt a. O.
II. Kammergericht Berlin.

Durch schriftlichen, notariell beglaubigten Vertrag vom 28. Juni 1900 hatte die Beklagte an den Kläger ihr im Grundbuche von F. Band V Nr. 223 eingetragenes Gut mit Ausnahme gewisser Teile verpachtet. Der § 3 des Vertrages lautete:

Bezüglich der Reparaturen an den verpachteten Baulichkeiten wird folgendes festgesetzt:

1. In den ersten zwei Jahren des Pachtverhältnisses hat Pächter nur Reparaturen von geringer Bedeutung, d. h. solche, welche nur einen Kostenaufwand bis zu 30 ℳ erfordern, auf eigene Kosten ausführen zu lassen.

   Dagegen hat Verpächterin alle größeren Reparaturen während dieser zwei Jahre zu tragen.

2. Nach Ablauf dieser ersten zwei Jahre hat der Pächter auch alle größeren Reparaturen auf eigene Kosten ausführen zu lassen, insoweit solche kraft gewöhnlicher Abnutzung erforderlich werden.

   Dagegen hat die Verpächterin nach wie vor alle größeren Reparaturen ihrerseits zu tragen, welche erweislich aus anderen Ursachen als gewöhnliche Abnutzung nötig werden.

   Entsteht eine Meinungsverschiedenheit, so ist unter Ausschluß des Rechtsweges durch ein Schiedsgericht zu entscheiden, ob eine beantragte größere Reparatur erforderlich ist und aus welchen Ursachen diese Reparatur notwendig geworden ist, und ob sonach gemäß vorstehender Bestimmungen die Verpächterin oder der Pächter die Kosten zu tragen hat. . . .

Die Pacht hatte am 1. Juli 1900 begonnen. Der Kläger erhob Klage gegen die Beklagte auf Vornahme einer Reihe nach seiner Behauptung ihr zur Last fallenden Ausbesserungen. Die Beklagte setzte der Klage unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache die Einrede entgegen, daß die Entscheidung des Rechtsstreites durch Schiedsrichter gemäß § 3 des Vertrages zu erfolgen habe. Demgegenüber vertrat Kläger den Standpunkt, daß die Schiedsgerichtsklausel sich nur auf die unter Nr. 2 des § 3 bezeichneten Reparaturen beziehe. Die Vorinstanzen erachteten die Einrede für begründet. In einem vor dem Amtsgerichte zu Frankfurt a. O. verhandelten Vorprozesse, der gleichfalls einen Anspruch des Klägers auf Erstattung von Reparaturkosten betraf, hatte die Beklagte die Leistung des ihr zugeschobenen Eides, daß die Vertragsparteien vor und bei Abschluß des Vertrages vom 28. Juni 1900 ausgesprochenermaßen darüber einig gewesen seien, daß die im § 3 des Vertrages vorgesehenen schiedsgerichtlichen Entscheidungen nicht nur die unter Nr. 2 erwähnten Reparaturen, sondern die gesamten, in diesem Paragraphen erörterten Reparaturen betreffen sollten, verweigert.

Das Berufungsgericht sprach diesem Umstande für den gegen-

wärtigen Prozeß die Bedeutung ab und erklärte ebenso die in dem letzteren geschehene Eideszuschiebung über die vor und bei Abschluß des Vertrages ausdrücklich vereinbarte Beschränkung der Schiedsgerichtsklausel auf die Reparaturfälle unter Nr. 2 für unerheblich.

Die Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

... „Der Berufungsrichter kommt zu dem Ergebnisse, daß nach dem schriftlichen Vertrage die Schiedsrichter alle Streitigkeiten über die Reparaturpflicht, nicht nur die nach Ablauf der ersten beiden Pachtjahre entstehenden, zu entscheiden haben. Auch hier handelt es sich um eine Auslegung des Vertrages, die eine Rechtsnormverletzung nicht erkennen läßt. Der Berufungsrichter stellt unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte der Urkunde, insbesondere des ursprünglichen Entwurfes, fest, daß nach dem Wortlaute und Zusammenhange der Schrift die Schiedsgerichtsabrede nur in dem angegebenen Sinne aufgefaßt werden könne. Gegenüber dieser für die Revisionsinstanz maßgebenden Feststellung kommt die mündliche Vereinbarung, die nach der Behauptung des Klägers vor und bei Abschluß des schriftlichen Vertrages getroffen sein soll, nicht, wie die Revision will, als Auslegungsmittel des letzteren in Betracht. Was die Parteien schriftlich vereinbart haben, ist klar und zweifelsfrei; es bedarf zur Ermittelung des Inhaltes der Urkunde nicht des Zurückgehens auf mündliche Besprechungen der Beteiligten.

Danach kann es sich nur fragen, welche rechtliche Bedeutung solchen Besprechungen vor und bei Abschluß des schriftlichen Vertrages diesem gegenüber zukommt. Der Berufungsrichter hält sie für unerheblich; er fordert eine Aufklärung, warum sie nicht in die Urkunde aufgenommen seien und warum trotz ihrer der schriftliche Vertrag genehmigt und unterschrieben sei. Darin ist ihm jedenfalls insoweit beizutreten, als die bloße Behauptung einer von dem Inhalte der schriftlichen Urkunde abweichenden mündlichen Abrede nicht genügt, um die Beweiskraft der ersteren zu beseitigen. Die Niederschrift eines Vertrages ist die endgültige Zusammenfassung und Festlegung desjenigen, was die Parteien gewollt und was sie namentlich auch in ihren mündlichen Beredungen zum Ausdrucke gebracht haben. An Stelle des gesprochenen Wortes, das dem Gedächtnisse entschwindet und der Mißdeutung unterliegt, ist das geschriebene gesetzt. Zeigt

dieses Abweichungen von dem erstern, so spricht die durch die Erfahrungen des Verkehres gebilligte Vermutung zunächst dafür, daß die Parteien schließlich über das einig geworden sind, was Bestandteil der Urkunde geworden ist, daß sie das, was sie etwa im Widerspruche mit der Schrift hin und her geredet haben, nicht haben aufrecht erhalten wollen. Dies gilt ebensowohl von den Besprechungen, die vor der Abfassung der Urkunde gepflogen worden sind, wie von solchen, welche die Niederschrift begleitet haben. Wer daher mündliche Vereinbarungen vor und bei Abschluß des schriftlichen Vertrages gegen dessen Inhalt behauptet, kann damit so lange nicht gehört werden, als er nicht weiter darlegt, daß entgegen der Vermutung der Vollständigkeit der Schrift auch das mündlich Besprochene habe gelten sollen, daß also die Schrift unrichtig oder unvollständig sei. Diese Darlegung kann, wie sich von selbst ergiebt, auch in der Weise erfolgen, daß Umstände nachgewiesen werden, die erkennbar auf die Geltung der mündlichen Abreden neben der Schrift schließen lassen.

Der entwickelte Standpunkt, der den Bedürfnissen des Rechtslebens entspricht und der Bedeutung der Schriftform gerecht wird, ist bereits vor dem 1. Januar 1900 für das Gebiet des gemeinen Rechtes und des Handelsrechtes vom Reichsoberhandelsgericht und vom Reichsgerichte vertreten worden.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 10 S. 103, Bd. 11 S. 433, Bd. 16 S. 191, Bd. 17 S. 227; Bolze, Praxis Bd. 6 Nr. 316; Jurist. Wochenschr. 1897 S. 88; Urteil vom 15. Dezember 1896; vgl. auch die bei Windscheid-Kipp, Pandekten Bd. 2 § 312 Anm. 13 angeführten Erkenntnisse in Seufferts Archiv; abweichend das frühere preußische Obertribunal in den Entsch. desf. Bd. 46 S. 27; bei Striethorst, Archiv Bd. 53 S. 129, dazu Rehbein, Entsch. des Obertribunals Bd. 1 (1. Aufl.) S. 348.

Daß dieser Standpunkt auch der des Bürgerlichen Gesetzbuches ist, kann schon daraus entnommen werden, daß sich in ihm keine ihn ausschließende Bestimmung findet. Zudem billigen ihn die Motive zum ersten Entwurfe (Bd. 1 S. 184) ausdrücklich, indem sie — in Anlehnung namentlich an die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts — sagen, daß, wenn die Geltung mündlicher Abreden neben der Urkunde in Frage komme, die Vermutung der Vollständigkeit des Inhaltes der Urkunde Platz greifen müsse, also bis zum Beweise des Gegenteils

anzunehmen sei, daß die Parteien sich schließlich über dasjenige, was die Urkunde ergebe, geeinigt und alle anderen Abreden aufgegeben hätten. Es kann danach keinem Bedenken unterliegen, nach dem neuen Rechte den Einwand der von der Schrift abweichenden mündlichen Vereinbarung rechtlich, wie geschehen, zu beurteilen. Daraus folgt, daß der Berufungsrichter die entsprechende, vom Kläger aufgestellte Behauptung mit Recht für unerheblich erklärt hat, und daß es weder auf den Eid des Vorprozesses, der übrigens für den gegenwärtigen Prozeß höchstens die Bedeutung eines Indizes beanspruchen kann, noch auf den neu zugeschobenen Eid ankommt." ...

---

8. Darf der Richter eine Vorabentscheidung über den Grund des Klaganspruches erlassen, ohne gleichzeitig eine eventuell vorgeschützte Aufrechnungseinrede zu erledigen, deren nähere tatsächliche Begründung trotz Aufforderung dazu unterblieben war?

VII. Civilsenat. Urt. v. 13. Juni 1902 i. S. Magistrat der Stadt B. (Bekl.) w. Z. (Kl.). Rep. VII. 114/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Das Berufungsgericht erließ bezüglich der dem Grund und dem Betrage nach bestrittenen Klageforderung, welche in erster Instanz abgewiesen worden war, eine Vorabentscheidung über den Grund des Anspruches, indem es zugleich in den Gründen eine eventuell vorgeschützte Aufrechnungseinrede als unbegründet zurückwies. In der Verhandlung war der Beklagte zur näheren tatsächlichen Begründung dieses Einwandes aufgefordert worden, jedoch dieser Aufforderung nicht nachgekommen.

Mit der Revision stellte der Beklagte die Entscheidung über die Gegenforderung als zu Unrecht erfolgt hin mit dem Hinweis darauf, daß ihm durch die Erledigung derselben in dem Zwischenurteile eine nachträgliche weitere Begründung des Anspruches unmöglich gemacht sei, daß ferner auch eine Nichtbeachtung der §§ 145 Abs. 3 und 302 C.P.O. vorliege.

Der Revisionsangriff ist zurückgewiesen worden aus folgenden Gründen:

„Demnach steht weiter in Frage, ob durch die von der Vorinstanz erlassene Vorabentscheidung über den Grund des Klaganspruches zugleich über den Aufrechnungseinwand erkannt werden durfte, was die Beklagte bestreitet. Der erkennende Senat hat in seinem Urteile vom 14. Juni 1901 in Sachen S. w. B., Rep. VII. 158/01, ausgesprochen, daß, so lange nicht über die Gegenforderung, welche der dem Grunde und dem Betrage nach bestrittenen Klage eventuell entgegengesetzt war, Entscheidung ergangen, der Klaganspruch nicht bloß dem Betrage, sondern auch dem Grunde nach streitig sei, und deshalb über den letzteren eine Vorabentscheidung nach § 304 C.P.O. erst erlassen werden dürfe, wenn die Gegenforderung erledigt worden. Es ist an dieser Ansicht festzuhalten, welche auch in den Erkenntnissen des I. Civilsenates des Reichsgerichtes vom 1. Mai 1895 und vom 11. April 1900 (Jur. Wochenschr. S. 294 bezw. 439) vertreten ist, und die ferner von Gaupp-Stein und Struckmann u. Koch in deren Kommentaren zur Civilprozeßordnung, 4. bezw. 8. Aufl., zu § 304 unter I Abs. 1 bezw. Note 1 Abs. 2, verteidigt wird. Daher mußte in dem vorliegenden Falle, in welchem der Kompensationseinwand für unbegründet erachtet wurde, dies in dem ergangenen Zwischenurteile des erwähnten Inhaltes ausgesprochen werden, wodurch jener Einwand endgültig, d. h. ohne daß auf denselben in dem den Betrag des Klaganspruches betreffenden Nachverfahren zurückzukommen, erledigt ist. Diese Entscheidung brauchte in der Urteilsformel keinen Ausdruck zu finden.

Danach ist in der formellen Behandlung, die dem Kompensationseinwand zuteil geworden ist, ein Fehler nicht zu erblicken. Namentlich erscheint auch der Hinweis der Beklagten auf die §§ 145 Abs. 3 und 302 C.P.O. nicht beachtlich. An diesen Stellen wird dem Gerichte, wenn es sich um eine Gegenforderung handelt, welche mit dem Klaganspruche nicht in rechtlichem Zusammenhange steht, eine Trennungsbefugnis gewährt. Daß hiervon das Berufungsgericht keinen Gebrauch gemacht, kann zum Gegenstande eines Revisionsangriffes nicht gemacht werden (vgl. das oben angezogene Reichsgerichtsurteil vom 11. April 1900).“

9. 1. Sind die zu den Knappschaftskassen zu leistenden Beiträge des Werksbesitzers und der Arbeiter öffentliche Abgaben im Sinne des Gesetzes vom $\frac{18. \text{ Juni } 1840}{12. \text{ April } 1882}$?

2. Ist für die Klage auf Rückzahlung unter Vorbehalt gezahlter Knappschaftskassenbeiträge der ordentliche Rechtsweg eröffnet? Ist die Klage an die sechsmonatige Präklusivfrist des Gesetzes vom 24. Mai 1861 § 9 gebunden?

3. Verjährt die Rückforderungsklage des Werksbesitzers auch dann in der kurzen Frist des § 5 des Gesetzes vom $\frac{18. \text{ Juni } 1840}{12. \text{ April } 1882}$, wenn die Nichteintrichtung der demnächst zwangsweise eingeforderten Beiträge auf einem Verschulden des Werksbesitzers (die unterlassene Anmeldung der Arbeiter) beruhte?

V. Civilsenat. Urt. v. 16. Juni 1902 i. S. des Hauptknappschaftsvereins in Clausthal (Bekl.) w. die vereinigten Großalmeroder Thonwerke (Kl.). Rep. V. 129/02.

I. Landgericht Göttingen.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Werke der Klägerin gehörten zu den Werken, welche der verklagte Verein umfaßte, und deren Arbeiter versicherungspflichtig waren. Bei einer Revision der Knappschaftsverhältnisse der Klägerin fand der Beklagte, daß die Klägerin eine Anzahl versicherungspflichtiger Arbeiter nicht angemeldet habe und infolgedavon für die Zeit vom 1. April 1890 bis 31. August 1899 an Beiträgen 10662,80 ℳ schulde. Die Klägerin kam dem bei Vermeidung des Zwangsverfahrens gestellten Verlangen auf Zahlung dieser Summe unter Vorbehalt der Rückforderung am 22. Januar 1900 nach. Sie verlangte im Rechtswege Rückerstattung der eingeforderten, auf die Zeit vom 1. April 1890 bis 31. August 1895 entfallenden Beiträge, mit 2484 ℳ nebst Zinsen seit der Zahlung, indem sie behauptete, daß die betreffenden Arbeiter in anderen, nicht zum beklagten Vereine gehörigen Werken beschäftigt, und daß die Beiträge für jene Zeit schon bei der Einforderung verjährt gewesen seien. Der Beklagte bestritt dies und widersprach der Klage.

Der erste Richter gab dem Klagantrage statt. Die Berufung

des Beklagten wurde zurückgewiesen. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Nach dem Gesetze vom $\frac{18. \text{ Juni } 1840}{12. \text{ April } 1882}$ über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben können Grundsteuern sowohl bei gänzlicher Übergehung als auch bei zu geringem Ansatze nur für das laufende Kalenderjahr nachgefordert werden (§ 5); die Nachforderung anderer direkten Steuern findet im Falle der gänzlichen Übergehung nach derselben Regel statt, während bei zu geringem Ansatze die Nachforderung ausgeschlossen ist (§ 6). Enthält die Unterlassung der Entrichtung der Steuer eine Kontravention gegen die Steuergesetze, so verjährt die Nachforderung nur gleichzeitig mit der gesetzlichen Strafe (§ 10 das.). Dieses Gesetz findet auch auf öffentliche Abgaben Anwendung, welche nicht zur Staatskasse fließen, sondern an Gemeinden und Korporationen zu entrichten oder zur Unterhaltung öffentlicher Anstalten aufzubringen sind (§ 14 das.). Nach §§ 78. 79 A.L.R. II. 14 ist der Rechtsweg über die Verbindlichkeit zur Entrichtung öffentlicher Abgaben ausgeschlossen, nach § 9 des Gesetzes, betr. die Erweiterung des Rechtswegs, vom 24. Mai 1861 jedoch eine Ausnahme dahin zugelassen: „Wegen allgemeiner Anlagen und Abgaben (§§ 36. 41 der Verordnung vom 26. Dezember 1808; §§ 78. 79 A.L.R. II. 14) kann auf Grund der Behauptung, daß die einzelne Forderung bereits früher getilgt oder verjährt sei, die Klage auf Erstattung des Gezahlten angestellt werden, jedoch bei Verlust des Klagerechts nur binnen sechs Monaten nach erfolgter Beitreibung oder geleisteter Zahlung." Der Berufungsrichter nimmt an, daß die Knappschaftsbeiträge die Natur öffentlicher Abgaben im Sinne des § 14 des Gesetzes vom $\frac{18. \text{ Juni } 1840}{12. \text{ April } 1882}$ haben, daß § 9 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 auf diese Beiträge keine Anwendung findet, und daß eine Nachforderung nur innerhalb des laufenden Kalenderjahrs (jetzt Etatsjahrs) zulässig ist. Diese Ausführungen bekämpft die Revision ohne Erfolg.

1. Daß die Knappschaftsvereine Korporationen des öffentlichen Rechtes sind, hat der Berufungsrichter in Übereinstimmung mit dem Reichsgerichte (Gruchot, Beiträge Bd. 30 S. 1010 flg.) zutreffend angenommen (vgl. auch Brassert, Berggesetz S. 442 Nr. 3). Ob die Charakterisierung der Knappschaftsvereine als Kranken- oder Armenanstalten richtig ist, kann dahingestellt bleiben, da durch die

Verneinung die öffentlichrechtliche Natur der Vereine nicht in Frage gestellt werden würde. Die Beiträge, welche sowohl von den Arbeitern als auch von den Werksbesitzern zur Knappschaftskasse zu leisten sind, sind Zwangsbeiträge. Die Arbeiter und Werksbesitzer sind kraft Gesetzes zu den Beiträgen verpflichtet (§ 174 Berggesetz.). Der Werksbesitzer ist zur Einziehung und Abführung auch der auf die Arbeiter entfallenden Beiträge verpflichtet (§ 176 das.), und diese Verpflichtung ist ihm als eigene auferlegt (R.G. a. a. O.; Brassert, Berggesetz S. 468 Nr. 6). Daß die Beitragspflicht im öffentlichen Rechte wurzelt, ist mit Rücksicht auf die Bestimmung, zu welcher die Beiträge zu verwenden sind, nicht zweifelhaft. Es kann in dieser Beziehung auf die zutreffenden Ausführungen des Berufungsrichters verwiesen werden. Die Beiträge haben aber auch die Natur öffentlicher Abgaben; denn öffentliche Abgaben sind Leistungen, welche auf Grund einer dem öffentlichen Rechte angehörenden Norm an Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechtes zu entrichten sind.

Vgl. Urt. des R.G.s in der Jurist. Wochenschr. 1890 S. 41 u. 79. Daß dies für die Knappschaftsbeiträge zutrifft, ist übrigens auch durch die Gesetzgebung anerkannt. Der § 159 Abs. 2 des preuß. Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 rechnete die von dem Werksbesitzer nach §§ 174. 175 Berggeſ. zu leistenden (eigenen) Beiträge zu den gemeinen (öffentlichen) Lasten, und nach Art. 17 Abs. 2 preuß. Ausf.-Ges. zum Reichszwangsvollstreckungsgesetze gehören sowohl die eigenen Beiträge des Werksbesitzers, als auch die nach § 176 Abs. 1 Berggeſ. vom Werksbesitzer einzuziehenden und an die Knappschafts- und Krankenkassen abzuführenden Beiträge der Arbeiter zu den gemeinen Lasten im Sinne des Art. 1 Abs. 1 Nr. 2 dieses Ausf.-Ges., d. h. zu den auf einem nicht privatrechtlichen Titel beruhenden Abgaben und Leistungen. Demgegenüber sind die Ausführungen der Revision, daß es sich bei den Knappschaftsbeiträgen um Leistungen handle, welche zu Gegenleistungen verpflichten, daß hier nicht Krankenunterstützung, sondern Invalidenpension, Witwen- und Waisengeld in Frage ständen, und daß diese Ansprüche von einer mindestens fünfjährigen Beitragsleistung abhängig seien, unerheblich. Der Natur der Abgaben widerstrebt es nicht, daß die Entrichtung in der Erwartung oder unter der ausdrücklichen Zusicherung von Gegenleistungen erfolgt, und daß die Gegenleistungen nur unter gewissen

Eventualitäten zu gewähren sind. Die Revision selbst geht davon aus, daß die Krankenkassenbeiträge die Natur öffentlicher Abgaben haben.

Vgl. Urt. des Reichsgerichts im preuß. Just.-Min.-Bl. 1897 S. 63. Die Annahme, daß zwischen diesen Beiträgen und den sonstigen Knappschaftsbeiträgen ein wesentlicher Unterschied bestehe, weil wohl der Anspruch auf Invalidenpension, Witwen- und Waisengeld, nicht aber der Anspruch auf Krankenunterstützung von der wirklichen Leistung der Beiträge abhängig sei, mag auf ihre Richtigkeit ungeprüft bleiben; denn wäre es richtig, daß die Knappschaftskasse bei Nichtentrichtung der Beiträge zur Zahlung der Invalidenpension und des Witwen- und Waisengeldes nicht verpflichtet sei, so würde für sie kein wesentliches Interesse an der Nachzahlung der Beiträge und an dem Bestehen einer möglichst langen Verjährungsfrist anzuerkennen sein. Keinesfalls würde aber dieser etwaige Unterschied dazu nötigen, die Krankenkassenbeiträge als öffentliche Abgaben, die übrigen Knappschaftsbeiträge als privatrechtliche Leistungen aufzufassen.

2. Beizutreten ist auch der von der Revision bekämpften Ausführung des Berufungsrichters, daß trotz der öffentlichrechtlichen Natur der zur Knappschaftskasse zu leistenden Abgaben der § 9 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 nicht anwendbar, das Recht der Klägerin also nicht dadurch verloren gegangen sei, daß sie die Klage erst nach Ablauf von sechs Monaten seit der zwangsweisen Beitreibung der Beiträge angestellt hat. Nach § 11 Abs. 2 des preußischen Knappschaftsgesetzes vom 10. April 1854 waren die Nachweisungen der zu den Knappschaftskassen einzuziehenden Beiträge von dem Bergamt exekutorisch zu erklären und Reklamationen dagegen mit Ausschluß des Rechtswegs im Verwaltungswege zu erledigen. Dieses Gesetz ist durch § 244 preuß. Berggesetz aufgehoben. Bei der Beratung des Berggesetzes wurde die Ansicht aufgestellt, daß die Ausschließung des Rechtswegs wegen Beitragsforderungen der Knappschaftsvereine „nicht genügend motiviert" (Mot. zum Berggesetz S. 101) sei, und Aufhebung dieser Beschränkung verlangt. Diesem Verlangen wurde stattgegeben. Es wurde im § 177 Abs. 1 Berggesetz bestimmt, daß alle Knappschaftskassenbeiträge im Wege der Verwaltungsexekution eingezogen werden können, und im Abs. 2: „Durch Beschreitung des Rechtswegs wird die Exekution nicht aufgehalten". Erwägt man, daß

nach § 11 Abs. 2 des früheren Knappschaftsgesetzes der Rechtsweg für alle Reklamationen gegen die Heranziehung zu Knappschaftskassenbeiträgen ausgeschlossen war, und daß diese Bestimmung durch § 177 Abs. 2 Berggesetz völlig beseitigt werden sollte, so ergibt sich die Bedeutung dieses Abs. 2 dahin, daß vom Inkrafttreten des Berggesetzes an für alle Streitigkeiten über die Beiträge, sowohl wenn die Beitragspflicht, als auch wenn die Höhe der Beiträge bestritten, als auch wenn ein bestätigtes Knappschaftsstatut angefochten wird, der Rechtsweg eröffnet ist. Hierüber besteht denn auch Einigkeit unter allen Bergrechtslehrern und in der Rechtsprechung.

Vgl. Urt. des Komp.-Gerichtsh. in der Ztschr. f. Bergr. Bd. 18 S. 117 und Urt. des Obertrib. das. Bd. 20 S. 94.

Trotzdem möchte die Revision den § 9 des Gesetzes vom 24. Mai 1861 mit seiner zeitlichen Beschränkung der Zulässigkeit der Rückforderungsklage angewendet wissen. Allein jener § 9 ist nur für solche Ansprüche gegeben, für welche der Rechtsweg im allgemeinen ausgeschlossen ist. Bezüglich solcher Ansprüche hatte der Gesetzgeber Veranlassung, bei Durchbrechung des Prinzips für Ausnahmefälle die Beschreitung des Rechtswegs zeitlich zu beschränken. Für Fälle, wo — wie vorliegend — der Rechtsweg allgemein zugelassen ist, widerstrebt die Aufstellung einer gleichen Beschränkung allgemeinen Rechtsnormen, und es würde daher besonderer Bestimmungen bedürfen, um, wie dort das Prinzip der Unzulässigkeit, so hier das Prinzip der Zulässigkeit des Rechtswegs zu beschränken. Der § 9 a. a. O. ist, wie der Berufungsrichter zutreffend bemerkt, nicht oder nicht mehr die Norm, auf welcher die Zulässigkeit des Rechtswegs für Streitigkeiten über Knappschaftskassenbeiträge beruht. Das Berggesetz hat aber der Rückforderungsklage eine zeitliche Grenze nicht gesteckt.

3. Sind die Knappschaftskassenbeiträge, wie zu 1 ausgeführt ist, öffentliche Abgaben, welche an eine öffentlichrechtliche Korporation zu entrichten sind, so ergibt sich die Anwendung des Gesetzes vom $\frac{\text{18. Juni 1840}}{\text{12. April 1882}}$ aus dessen § 14. Der Berufungsrichter hat den § 5 dieses Gesetzes angewendet, die Revision hält die Anwendung des § 10 für geboten. Auch hier ist jedoch dem Berufungsrichter beizutreten. Der § 10 setzt voraus, daß eine Kontravention gegen Steuergesetze vorliegt, welche mit einer gesetzlichen Strafe bedroht ist. Nach § 176 Abs. 3 Berggesetz ist, wenn — wie im vorliegenden Falle — die dem Werks-

besitzer obliegende Anmeldung der Arbeiter unterblieben ist, der Knappschaftsvorstand befugt, die Zahl der Arbeiter, für welche Beiträge zur Knappschaftskasse eingezogen werden sollen, nach seinem Ermessen zu bestimmen oder bei dem Oberbergamte den Erlaß eines Strafbefehls gegen den säumigen Werksbesitzer zu beantragen. Nach § 20 Nr. 8 des Statuts des beklagten Vereins soll der Vorstand gegen die Werksbesitzer, wenn sie ihren Obliegenheiten gegen den Verein nicht nachkommen, nach zuvoriger Strafandrohung Geldstrafen bis zu 100 ℳ verhängen dürfen. Diese Bestimmung des Statuts ist ungültig, weil das Berggesetz dem Knappschaftsvorstand eine eigene Strafbefugnis nicht einräumt.

§§ 169 Abs. 1. 176 Abs. 3 Berggs.; vgl. Brassert, Berggesetz S. 469 Nr. 5.

Es ist also nur zu untersuchen, ob § 176 Abs. 3 Berggs. die Bedeutung einer Strafbestimmung im Sinne des § 10 des Gesetzes vom $\frac{18. \text{ Juni } 1840}{12. \text{ April } 1882}$ hat. Dies muß verneint werden. Das Gesetz stellt die Unterlassung der Anmeldung nicht unter Strafe (vergl. §§ 207—209 Berggs. in der Fassung des Gesetzes vom 24. Juni 1892); stellt es vielmehr in das Ermessen des Vorstandes, ob er den Erlaß eines Strafbefehls bei dem Oberbergamte beantragen will. Abgesehen davon, handelt es sich nicht sowohl um die Androhung einer Strafe als vielmehr um die Ausübung eines Zwanges gegen den Werksbesitzer. Der Strafbefehl des Oberbergamts gibt dem Werksbesitzer auf, die unterbliebene oder unvollständige Anmeldung der Arbeiter binnen einer bestimmten Frist bei Vermeidung einer exekutivischen Geldstrafe nachzuholen oder zu berichtigen (Brassert, S. 469 Nr. 5). Er bezweckt weder die Sühne begangenen, noch die Vorbeugung künftigen Unrechts, sondern lediglich die Nachholung einer Unterlassung. Völlig zutreffend führt der Berufungsrichter aus, daß eine solche Zwangsmaßregel ebensowenig als eine gesetzliche Strafe angesehen werden könne, wie die im § 176 Abs. 3 Berggs. dem Vorstande wahlweise eingeräumte Befugnis, die Zahl der Arbeiter nach seinem Ermessen zu bestimmen. Kann sonach § 10 des Gesetzes vom $\frac{18 \text{ Juni } 1840}{12. \text{ April } 1882}$ auf den vorliegenden Fall keine Anwendung finden, so fragt sich schließlich noch, ob der Berufungsrichter den § 5 des Gesetzes mit Recht angewendet hat, was die Revision verneint. Nach den Motiven zu diesem Gesetze (Löwenberg, Beiträge Bd. 1 S. 134) sollte die kurze Verjährungsfrist der

§§ 5. 6 nur da Anwendung finden, wo der Steuerpflichtige dem Gesetze genügt hat, und die unterlassene Entrichtung der Steuer nicht ihm, sondern der Behörde oder Zufälligkeiten beizumessen ist. Geht man von dieser Annahme, welche im Gesetze selbst keinen Ausdruck gefunden hat, aus, so würde das Gesetz nur zwei Fälle geregelt haben, nämlich: 1. der Steuerpflichtige hat seiner Pflicht genügt (§§ 5. 6), und 2. er hat sich am Steuergesetz vergangen, in welchem die Kontravention mit einer gesetzlichen Strafe bedroht ist. Dagegen würde der Fall nicht geregelt sein, wo der Steuerpflichtige gegen ein Steuergesetz gefehlt hat, welches keine Strafe androht. Wäre mit der Revision anzunehmen, daß für den letzten Fall die allgemeinen Verjährungsregeln Platz greifen, so würde sich der wunderliche Rechtszustand ergeben, daß die hinterzogene Steuer bei einem Strafe androhenden Steuergesetz in kurzer Frist (vgl. z. B. Vereinszollges. § 164), bei nicht strafandrohenden Gesetzen dagegen erst in 30 Jahren verjährt. Das kann nicht im Sinne des Gesetzgebers gelegen haben, vielmehr ist die Annahme geboten, daß das Gesetz vom $\frac{\text{18. Juni 1840}}{\text{12. April 1882}}$ alle Fälle der Steuerverjährung hat regeln wollen. Ist dies aber richtig, dann ist die Anwendung des § 5 dieses Gesetzes auf den vorliegenden Fall um so mehr geboten, als darin, daß der Knappschaftsvorstand von der ihm im § 176 Abs. 3 Berggeſ. erteilten Befugnis, die Zahl der beitragspflichtigen Arbeiter nach seinem Ermessen zu bestimmen, keinen Gebrauch gemacht hat, ein Versehen gefunden werden kann, welches die Nichtentrichtung der Steuer zur Folge hat."

---

10. Kann der Anspruch auf Rechnungslegung aus einem Gesellschaftsverhältnisse von dem Gesellschafter an einen Dritten übertragen werden?

B.G.B. § 717.

III. Civilsenat. Urt. v. 17. Juni 1902 i. S. N. u. Gen. (Kl.) w. W. u. Gen. (Bekl.). Rep. III. 52/02.

I. Landgericht Nürnberg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Obige Frage ist vom Reichsgericht verneint worden aus folgenden

Gründen:

„Der im Herbst 1900 verstorbene Gastwirt L. A. hat laut schriftlichen Kaufvertrages vom 30. März 1900 sein gesamtes Anwesen an die beiden Beklagten um 56000 ℳ verkauft. Die Kläger behaupten, daß der Verkäufer noch außerdem mit den Beklagten mündlich vereinbart habe, daß er an dem diesen bei dem beabsichtigten Wiederverkaufe erwachsenden Gewinne oder Verluste mit 20 Prozent beteiligt sein solle. Das Anwesen ist weiterverkauft, und die Witwe des Verkäufers hat in ihrem und der Miterben Namen die ihr angeblich zustehenden „20 Prozent Gewinnanteil" an die beiden Kläger cediert. Diese haben nunmehr gegen die beiden Beklagten Klage dahin erhoben:

über die bei dem A.'schen Anwesensverkaufe gemachten Einnahmen und Ausgaben Rechnung zu stellen und die Beläge vorzulegen.

Die Klage ist in beiden Instanzen abgewiesen. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung lediglich darauf gestützt, daß die Klage auf Rechnungsstellung über das vorliegende Gesellschaftsverhältnis gemäß § 717 B.G.B. nicht übertragbar sei. Die gegen diese Entscheidung erhobene Revision erscheint unbegründet.

Daß der übertragene Anspruch, so wie er begründet ist, einen Anspruch aus einem Gesellschaftsverhältnisse bildet, hat auch die Revision nicht beanstandet. Es finden also auf ihn die Bestimmungen der §§ 705 flg. B.G.B. Anwendung. Der § 717 spricht nun den Grundsatz aus, daß Ansprüche, die den Gesellschaftern gegeneinander zustehen, nicht übertragbar sind. Ausgenommen hiervon sind aber, neben hier nicht in Frage kommenden bestimmten Ersatzansprüchen eines Gesellschafters, die Ansprüche auf einen „Gewinnanteil" oder „auf dasjenige, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt". Da im vorliegenden Falle die Gesellschaft zwischen A. bezw. dessen Erben und den Beklagten sei es durch den Tod des A. (§ 727), sei es durch die Erreichung des Gesellschaftszweckes (§ 726) als beendet anzusehen ist, und Einlagen des A. nicht in Frage kommen, so handelt es sich nur um den letzteren Ausnahmefall. Es erhebt sich daher die Frage, ob im Falle der Übertragung des Anspruches „auf das, was dem Gesellschafter bei der Auseinandersetzung zukommt", an einen Dritten auch der Anspruch auf Ermittelung dieses Auseinandersetzungsanteiles, d. h. der Anspruch auf Rechnungszustellung, mitübertragen werden

kann? Diese Frage ist in Übereinstimmung mit den Vorinstanzen zu verneinen.

Schon der Wortlaut des § 717 spricht gegen die Übertragbarkeit des genannten Anspruches, da nicht der Anspruch auf Auseinandersetzung, sondern nur der Anspruch auf das, „was bei derselben dem Gesellschafter zukommt" d. h. auf das, was als sein Anteil ermittelt ist, übertragen werden kann, wie auch nicht der Anteil an der Gesellschaft, sondern nur der „Gewinnanteil", d. h. der Anteil am ermittelten Gewinn übertragen ist. Damit stimmt auch die Begründung des § 717 (§ 644 des ersten Entwurfes; Motive Bd. 2 S. 614) überein. Sie hebt hervor, daß der Gesellschaftsvertrag auf gegenseitigem Vertrauen beruhe und ebenso nach der aktiven als nach der passiven Seite an die Person des Gesellschafters gebunden sei, die Ansprüche der Gesellschafter gegeneinander also an sich höchst persönliche seien. Die Motive überlassen es nun allerdings der Rechtsprechung, inwieweit auf Grund dieses Prinzipes der den Gesellschaftern zustehende Anspruch auf Rechnungsablegung bezw. Information übertragbar ist. Allein es liegt auf der Hand, daß ein Anspruch auf Ermittelung eines Gewinn- oder Auseinandersetzungsanteiles nicht durchgeführt werden kann ohne die Beziehungen der Gesellschafter zu einander, deren Einlagen, Ersatzansprüche, Geschäftsführung, kurz die Interna der Gesellschaft dem neuen Gläubiger, einem Dritten, bekannt zu geben, daß also die Rechnungslegung nicht erfolgen kann, ohne daß der Dritte in das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter untereinander eindringt, die rechnunglegenden Gesellschafter ihre Pflicht zur Verschwiegenheit gegeneinander verletzen. Daß auch die Motive auf diesem Standpunkte stehen, ergibt sich daraus, daß sie gerade mit Beziehung auf die Frage der Pflicht zur Rechnungsstellung auf die Bestimmungen des Art. 98 des alten Handelsgesetzbuches und die §§ 217. 218 Preuß. A.L.R. I. 17, die auf denselben Grundsätzen des Gesellschaftsrechtes, wie das Bürgerliche Gesetzbuch, beruhen, sowie auf die sich an diese Bestimmung knüpfende Rechtsprechung, insbesondere die Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 23 S. 41 verweisen. In diesen gesetzlichen Bestimmungen und der angezogenen Judikatur ist aber zum Ausdrucke gebracht, daß der Anspruch auf Rechnungslegung nicht übertragbar ist, daß vielmehr dem Dritten nur allenfalls der Anspruch auf Mitteilung der Balance (§ 218 Preuß. A.L.R. a. a. O.) oder

sogar nur auf Mitteilung des zahlenmäßigen Ergebnisses der Auseinandersetzung (Entsch. des R.O.H.G.'s a. a. O.) zustehen. Es haben sich denn auch nahezu sämtliche Kommentatoren des Bürgerlichen Gesetzbuches, soweit sie sich mit der Frage beschäftigen, für die Unübertragbarkeit des Anspruches auf Rechnungslegung ausgesprochen und dieser Ansicht war beizutreten.

Der Einwand, daß hiernach die Übertragung eines Gewinn- oder Auseinandersetzungsanteiles für den Erwerbenden von sehr beschränkter Bedeutung sei, ist allerdings zuzugeben, daß sie aber darum nicht bedeutungslos sei, ist schon vom Berufungsgerichte zutreffend ausgeführt (vgl. auch § 304 B.G.B.). Zudem ist die Hauptgefahr für den neuen Gläubiger weniger darin zu erblicken, daß er nicht selbständig auf Rechnungslegung klagen kann, als darin, daß ihm, was das Gesetz unzweideutig erkennen läßt, jede Einwirkung auf die Rechnungsstellung (Berechnung der Einlagen, Abschreibungen 2c) entzogen ist.

Die Revision hat nun aber noch besonders betont, daß, wenn auch während der Dauer der Gesellschaft die Unübertragbarkeit des Anspruches auf Rechnungsstellung begründet sein möge, dieselbe doch nach Beendigung der Gesellschaft nicht mehr bestehen könne. Auch dieser Einwurf kann für zutreffend nicht erachtet werden. Mit der Beendigung der Gesellschaft hören weder die Rechte und Pflichten der Gesellschafter gegeneinander auf, noch verlieren sie ihren Charakter als Ansprüche aus dem Gesellschaftsverhältnisse; das gegenseitige Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern rücksichtlich der Gesellschaftsangelegenheiten besteht fort und gestattet die Einschiebung eines Dritten, Fremden in die Auseinandersetzung ebensowenig bei der endlichen, wie bei der zeitlichen Abrechnung.

Vgl. Entsch. des preuß. Obertrib. bei Striethorst, Bd. 83 S. 120. Ob und welche Rechte dem Pfändungsgläubiger aus § 859 C.P.O. (vgl. §§ 725. 1274 B.G.B.) zustehen, ist hier nicht zu erörtern.

Hiernach erscheint der allein erhobene Revisionsangriff unbegründet." . . .

11. Wechsel über Wettschuld. Zur Auslegung des § 762 B.G.B.

I. Civilsenat. Urt. v. 18. Juni 1902 i. S. K. & F. (Kl.) w. L. (Bekl.). Rep. I. 74/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Die Klägerin klagte aus zwei von Berthold St. an eigene Order auf L. gezogenen, von diesem acceptierten, in blanco von St. u. Lbh. girierten und auf Antrag der Klägerin protestierten Wechseln vom 27. März 1900 gegen den Acceptanten L. auf Zahlung der Wechselsumme nebst Zinsen und Kosten. Die Klägerin war Inkassomandatarin des Lbh., und Lbh. hatte, wie festgestellt wurde, die Wechsel von St. mit dem Accepte des L. über Wettbeträge erhalten, die St. an ihn bei Wettrennen verloren. Lbh. hatte das Accept des L. verlangt, und L. hatte sein Accept gegeben, weil er nach der Abrede zwischen ihm und St. an den Wetten zur Hälfte beteiligt war. Bei der Übergabe der Wechsel an Lbh. hatte St. dem Lbh. dies Sachverhältnis mitgeteilt.

Der Beklagte beantragte deshalb Abweisung der Klage, der erste Richter verurteilte ihn aber nach dem Klagantrage, weil er mit Lbh. nicht gewettet habe, nur St., und § 762 B.G.B. deshalb keine Anwendung finde.

Auf die Berufung des Beklagten wies der zweite Richter die Klage ab. Die Revision der Klägerin ist zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

... „Nach dieser tatsächlichen Feststellung liegt den Wechseln eine nach § 762 Abs. 1 B.G.B. unklagbare Forderung des Lbh. gegen St. zu grunde, für welche der Beklagte auf Verlangen des Lbh. durch Acceptierung der Wechsel eintreten sollte und mit Wissen des Lbh. aus keinem andern Grunde durch die Acceptierung eingetreten ist, als weil er an den Wettverlusten nach seiner Abrede mit St. materiell zur Hälfte beteiligt war. Aus § 762 Abs. 2 B.G.B. folgt, daß jede zum Zwecke der Erfüllung einer Wettschuld von dem verlierenden dem gewinnenden Teil gegenüber eingegangene Verbindlichkeit ebenso wie die Wettschuld selbst unklagbar ist. Auch die Eingehung einer Wechselverbindlichkeit zur Deckung einer Wettschuld begründet danach zwischen

dem Geber und dem Nehmer des Wechsels keine Wechselverbindlichkeit (Art. 82 W.O.), und da die Klägerin nur Inkassomandatarin des Lbh., würde St. den mangelnden Verpflichtungsgrund des Wechsels gegen die Klage geltend machen können. Dasselbe gilt auch für den Beklagten. Darauf, daß er mit Lbh. nicht unmittelbar gewettet hat, sondern in seinem Auftrage St. für seine Rechnung, und daß er dem St. die Hälfte des wirklich bezahlten Spielverlustes zu erstatten aus dem Auftrage verpflichtet gewesen wäre,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 43 S. 148, Bd. 40 S. 256, worauf der erste Richter das entscheidende Gewicht legt, kommt nichts an. Bezahlt hat St. nichts und die von ihm dem Lbh. gegenüber durch die Begebung des Wechsels übernommene Wechselverbindlichkeit ist unklagbar. Nach dem festgestellten Sachverhalt hat die Acceptverbindlichkeit des Beklagten keinen andern Rechtsgrund als die Wettschuld des St., die zum Teil seine eigene war. Das wußte der Wechselnehmer Lbh. ebenso wie daß das von ihm verlangte Accept des Beklagten nur dazu dienen sollte, ihm für die Wettschuld des St. einen Mitschuldner zu verschaffen. Materiell liegt die Sache, wie der Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum annimmt, nicht anders, als wenn der Beklagte dem Lbh. gegenüber für die Wettschuld des St. die selbstschuldnerische Bürgschaft übernommen oder sich als Mitschuldner verpflichtet, oder als wenn zwischen Lbh., St. und dem Beklagten vereinbart wäre, daß der Beklagte die Wettschuld des St. als eigene übernehmen solle. Nach §§ 768. 769. 417 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. würde in allen diesen Fällen dem Beklagten die Einrede des St. aus der Unverbindlichkeit des Schuldverhältnisses zustehen, und daran ist durch § 762 Abs. 2 B.G.B. sowenig, wie durch die Einkleidung des Geschäftes in die Wechselform etwas geändert."

---

12. 1. Ist das Recht aus einer vor dem 1. Januar 1900 im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragenen Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek ein Pfandrecht im Sinne des Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B.?

2. Kann die Umschreibung einer Vormerkung in eine Sicherungshypothek auf Grund eines für den persönlichen Anspruch erlangten

endgültig vollstreckbaren Schuldtitels auch dann verlangt werden, wenn die Vormerkung auf Grund des § 6 Abs. 3 des preußischen Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 eingetragen worden ist?

3. Ist, wenn mehrere Grundstücke mit der Vormerkung belastet sind, Umschreibung in eine Gesamtsicherungshypothek noch nach dem 1. Januar 1900 zulässig?

4. Bleibt im Falle der Veräußerung des belasteten Grundstückes der bisherige, persönlich verpflichtete Eigentümer für die Umschreibungsklage passiv legitimiert?

5. Muß die Klage, soweit sie gegen den neuen Eigentümer gerichtet ist, im dinglichen Gerichtsstande angestellt werden?

Einf.-Ges. zum B.G.B. Artt. 170. 179.
C.P.O. §§ 24. 26. 867 Abs. 2.

V. Civilsenat. Urt. v. 18. Juni 1902 i. S. O. u. Gen. (Bekl.) w. H. (Kl.). Rep. V. 125/02.

I. Landgericht II Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Auf zwei im Bezirke des Landgerichtes I Berlin belegene Grundstücke des in Charlottenburg wohnhaften Beklagten S. war aus einer nach § 794 Abs. 1 Ziff. 5 C.P.O. vollstreckbaren notariellen Urkunde vom 11. Januar 1898 im Oktober desselben Jahres im Wege der Zwangsvollstreckung eine Vormerkung zur Erhaltung des Rechtes auf Eintragung einer Hypothek in Höhe von 4120,60 ℳ eingetragen worden. Nachdem S. die beiden Grundstücke im September 1900 an den in Schöneberg bei Berlin wohnhaften Mitbeklagten O. veräußert hatte, klagte der Gläubiger gegen beide Beklagte im Gerichtsstande ihres Wohnsitzes auf Bewilligung der Umschreibung der Vormerkung in eine Gesamt-Sicherungshypothek. Die Beklagten bestritten ihre Verpflichtung hierzu, erhoben aber in erster Linie die Einrede der Unzuständigkeit, weil die Klage nicht im dinglichen Gerichtsstande angestellt worden sei. Der erste Richter wies die Klage ab, dem Beklagten O. gegenüber wegen Unzuständigkeit, dem Beklagten S. gegenüber aus sachlichen Gründen. Der zweite Richter verwarf die Unzuständigkeitseinrede beiden Beklagten gegenüber, verwies hinsichtlich des Beklagten O. gemäß § 538 Abs. 1 Ziff. 2 C.P.O. die Sache in die erste Instanz

zurück und verurteilte den Beklagten S. nach dem Klagantrage. Die Revision beider Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„1. Was zunächst die Unzuständigkeitseinrede anlangt, so meint zwar die Revision, daß sie gleichmäßig zu gunsten beider Beklagter begründet sei. Da jedoch der Umschreibungsanspruch des Klägers, soweit er gegen den Beklagten S. gerichtet ist, auf dessen aus einem persönlichen Schuldverhältnisse sich ergebender Verpflichtung, die Umschreibung zu bewilligen, gestützt wird, liegt bezüglich des Genannten das Nichtbegründetsein des dinglichen Gerichtsstandes des § 24 C.P.O. ohne weiteres auf der Hand und fragt es sich daher nur, ob etwa die Einrede zu gunsten des Beklagten O. durchgreift. Die Entscheidung dieser Frage hängt, wie der Berufungsrichter richtig hervorhebt, davon ab, welche rechtliche Natur den Vormerkungen des früheren preußischen Rechtes beigelegt wird.

Bereits aus Anlaß einer grundbuchrechtlichen weiteren Beschwerde, die vor Anstellung des gegenwärtigen Prozesses der Kläger wegen Ablehnung seines beim Grundbuchamte gestellten Umschreibungsantrages gemäß § 78 G.B.O. und Artt. 7. 8 des preußischen Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 21. September 1899 beim Kammergerichte eingelegt hatte, hat der I. Civilsenat dieses Gerichtshofes in dem Beschlusse vom 10. April 1901,

abgedruckt in Johow und Ring, Jahrb. f. Entsch. des Kammergerichtes Bd. 22 S. 178; in Mugdan und Falkmann, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 2 S. 402 und in den Blättern f. Rechtspflege im Bezirke des Kammergerichts Jahrg. 1901 S. 56,

die Auffassung vertreten, daß das Recht aus der Vormerkung kein Pfandrecht im Sinne des Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. darstelle, mithin nicht zufolge dieser Vorschrift sich vom 1. Januar 1900 ab kraft Gesetzes in eine Buchhypothek des neuen Reichsrechtes verwandelt habe. Im gegenwärtigen Prozesse hat der IV. Civilsenat des Kammergerichts als Prozeßgericht sich dieser Ansicht angeschlossen, und sie muß trotz gegenteiliger, in der Literatur hervorgetretener Meinungen für richtig erachtet werden. Für die Konstruktion des vorgemerkten Rechtes als eines Pfandrechtes ließe sich höchstens der Umstand geltend machen, daß der aus der Vormerkung Berechtigte im

Fall einer Zwangsversteigerung oder Zwangsverwaltung des Grundstückes seine Forderung gleich einem Hypothekengläubiger liquidieren durfte (§§ 106. 113 Abs. 4. 5 des preußischen Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883). Dies kann indes als entscheidend deshalb nicht ins Gewicht fallen, weil die gleiche Befugnis dem Vormerkungsberechtigten auch nach neuem Rechte zusteht (§§ 9 Ziff. 1. 48 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897), hier aber der nichtpfandrechtliche Charakter der Vormerkung außer Zweifel ist. Im übrigen erschöpfte sich der Inhalt des Rechts aus der Vormerkung nach preußischem Rechte ebenso, wie dies nach neuem Rechte gilt, in der durch die Eintragung dinglich gesicherten und daher jedem späteren Erwerber eines Realrechtes gegenüber wirksamen Anwartschaft auf den künftigen Erwerb einer Hypothek. Den unmittelbaren Erwerb des Hypothekenrechtes selbst begründete die Vormerkung ebensowenig, wie im Falle der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Rechtes auf Auflassung durch die Vormerkung Eigentum am Grundstücke erworben wurde. Auch das preußische Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche läßt keinen Zweifel darüber, daß man bei Erlaß des Gesetzes die auf Grund des bisherigen Grundbuchrechtes eingetragenen Vormerkungen nicht den Pfandrechten im Sinne des Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. zugezählt hat. Denn anderenfalls würde, wie der erwähnte kammergerichtliche Beschluß vom 10. April 1901 zutreffend hervorhebt, der Gesetzgeber sicherlich nicht unterlassen haben, von der in Art. 193 Einf.-Ges. der Landesgesetzgebung eingeräumten Ermächtigung Gebrauch zu machen und die nach Art. 192 eintretende Rechtsumwandlung bezüglich der Vormerkungen dahin abzuschwächen, daß sie vom Inkrafttreten des neuen Rechtes ab nicht als gewöhnliche Hypotheken, sondern nur als Sicherungshypotheken zu gelten hätten. Dies wäre vom Standpunkte jener gegenteiligen Meinung eine unerläßliche Maßregel gewesen, da es unmöglich hätte zugelassen werden können, daß Forderungen gegenüber, die noch gar nicht definitiv festgestellt waren, der Schuldner plötzlich mit dem 1. Januar 1900 sein Einrederecht, soweit es nicht aus dem Grundbuch ersichtlich war, verlor. Hiernach fällt die Vormerkung des alten Rechtes nicht unter Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B., sondern unter Art. 179 ebenda, dessen Voraussetzungen nach dem vorhin Bemerkten bei ihr zutreffen.

Ist aber die durch sie bewirkte Sicherung nur die eines persönlichen Schuldverhältnisses, so kann von einem ausschließlichen dinglichen Gerichtsstande für die aus der Vormerkung angestellten Klagen keine Rede sein. Vielmehr begründet der Umstand, daß der Anspruch aus der Vormerkung sich gegen den Grundstückseigentümer als solchen richtet, jenen Gerichtsstand gemäß § 26 C.P.O. nur als einen wahlweisen neben dem persönlichen Gerichtsstande. Die Unzuständigkeitseinrede ist daher vom Berufungsrichter mit Recht verworfen worden.

2. In der Sache selbst ist die Frage, ob der Beklagte S., obwohl er nicht mehr eingetragener Eigentümer der mit der Vormerkung belasteten Grundstücke ist, dennoch für die gegenwärtige Klage auch insoweit, als sie auf Bewilligung der Umschreibung der Vormerkung in eine Sicherungshypothek geht, als passiv legitimiert angesehen werden darf, vom ersten Richter verneint, vom Berufungsrichter bejaht worden. Die Revision will die Ansicht des ersten Richters als die richtige wieder zur Anerkennung gebracht wissen. Es war jedoch auch in diesem Punkte dem Berufungsrichter beizutreten.

Allerdings handelt es sich im vorliegenden Falle nicht um eine Vormerkung aus § 7 des preußischen Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883, sondern um eine solche aus § 6 Abs. 3 ebenda. Während die erstere Vormerkung eine vorläufige Sicherungsmaßregel darstellte, mit welcher der Gläubiger einstweilen vorlieb nehmen mußte, weil es für die Eintragung der an sich zulässigen definitiven Zwangshypothek zur Zeit noch an der dazu erforderlichen endgültigen Vollstreckbarkeit fehlte, fand bei der Vormerkung im Sinne des § 6, die erst bei der parlamentarischen Beratung durch das Herrenhaus in das Gesetz hineingebracht worden ist, die bloß vorläufige Form der Eintragung ihre innere Rechtfertigung in der besonderen Beschaffenheit des ihr zu grunde liegenden, an sich endgültigen Schuldtitels. Man wollte hinsichtlich der vollstreckbaren Urkunden (§ 794 Abs. 1 Ziff. 5 C.P.O.) die Vollstreckung mittels Eintragung definitiver Zwangshypotheken ausschließen, weil man bei einer Ausdehnung dieser letzteren Vollstreckungsform auf jene Urkunden befürchtete, der Gläubiger möchte durch sofortige Abtretung der Zwangshypothek an einen gutgläubigen Dritten dem Schuldner etwaige Einwendungen abschneiden, die dieser sonst unbeschränkt (§ 797 Abs. 4 C.P.O.) hätte geltend machen können.

Vgl. über die Entstehungsgeschichte Turnau, Grundbuchrecht 5. Aufl. 1892 Bd. 1 S. 337.

Daß der Gläubiger auf diesen unvollkommenen Sicherungsbehelf dauernd beschränkt bleiben sollte, lag dabei ersichtlich nicht in der Absicht der gesetzgebenden Faktoren und konnte auch schon deshalb nicht als gewollt gelten, weil sonst der aus einer vollstreckbaren Urkunde Berechtigte, anstatt der Parteiintention gemäß durch die Vollstreckbarkeit eine begünstigte Stellung für das Zwangsvollstreckungsverfahren zu gewinnen, sich gegenüber Gläubigern, die behufs Erlangung eines vollstreckbaren Schuldtitels erst den Klageweg zu beschreiten hatten, im Nachteil befunden haben würde. Vielmehr war der Schuldner verpflichtet, die Umschreibung der Vormerkung in eine definitive Hypothek zu bewilligen, sobald der die Eintragung einer bloßen Vormerkung veranlassende Grund weggefallen war, d. h. sobald entweder durch Anerkenntnis oder rechtskräftiges Feststellungsurteil das Nichtbestehen von Einwendungen festgestellt wurde oder der Gläubiger sich durch Einklagung des der Urkunde zu grunde liegenden Anspruchs ein rechtskräftiges Urteil über den letzteren verschaffte. An dieser Verpflichtung wurde durch eine Veräußerung des belasteten Grundstücks nichts geändert. Denn es kam hierbei nicht die formelle Legitimation des Schuldners zur Antragstellung beim Grundbuchamt, die allerdings mit der Eintragung des neuen Eigentümers erlosch, sondern die Erfüllung einer materiellen, aus dem persönlichen Schuldverhältnis sich ergebenden Verbindlichkeit in Frage. Der Schuldner hatte bei der Umschreibung der Vormerkung mitzuwirken, weil er derjenige war, gegen den sich die Vormerkung richtete (vgl. auch § 89 preuß. G.B.O. vom 5. Mai 1872). Endlich ist im vorliegenden Falle der Umschreibungsanspruch des Klägers auch nicht dadurch hinfällig geworden, daß er erst unter der Herrschaft des neuen Rechts erhoben worden ist, und letzteres als Zwangshypothek nicht mehr die Verkehrshypothek („gewöhnliche Hypothek" nach dem Sprachgebrauch des B.G.B.), sondern nur die Sicherungshypothek kennt. Das hat lediglich zur Folge, daß die Umschreibung nur in die jetzt geltende Rechtsform der definitiven Zwangshypothek erfolgen kann, der Gegenstand des Anspruchs also ein anderer geworden ist. Der Anspruch selbst hingegen als persönlicher ist gemäß Art. 170 Einf.-Ges. zum B.G.B. bestehen geblieben. Damit erledigt sich zugleich auch der letzte Revisionsangriff, der dahin

geht, daß keinesfalls Umschreibung in eine Gesamthypothek verlangt werden könne, sondern nach § 867 Abs. 2 C.P.O. der Betrag der klägerischen Forderung auf die beiden Grundstücke hätte verteilt werden müssen. Da diese Beschränkung nach bisherigem Rechte nicht galt, danach vielmehr kraft einer auf mehreren Grundstücken haftenden Vormerkung die Eintragung der Zwangshypothek als Gesamthypothek gefordert werden durfte, bewendet es bei dieser Befugnis gemäß dem zitierten Art. 170 auch unter der Herrschaft des neuen Rechts." . . .

---

13. Kann der aus § 1300 B.G.B. auf Schadensersatz belangte frühere Verlobte den Einwand, daß Klägerin bei Eingehung des Verlöbnisses nicht mehr „unbescholten" gewesen sei, auch in dem Falle erheben, wenn diese Unbescholtenheit daraus hergeleitet wird, daß er selber mit ihr schon früher Geschlechtsverkehr gehabt hat?

IV. Civilsenat. Urt. v. 19. Juni 1902 i. S. B. (Kl.) w. K. (Bekl.). Rep. IV. 104/02.

I. Landgericht Karlsruhe.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

. . . „Nicht zu billigen . . . ist die Beurteilung, die der zweite Richter dem auf § 1300 B.G.B. beruhenden Klaganspruch angedeihen läßt.

Der Abs. 1 des gedachten Paragraphen bestimmt:

„Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen".

Der Zweck dieser Vorschrift, welche in dem ersten Entwurfe des Gesetzbuches fehlt, geht nach dem Kommissionsprotokolle zu § 1283 der Reichstagsvorlage (jetzt § 1300) dahin, der verlassenen Braut, die durch einen in Erwartung der künftigen Ehe dem Verlobten gestatteten vorzeitigen Geschlechtsverkehr in den Augen der Welt einen Makel erlitten hat, eine Entschädigung dafür zu gewähren, daß ihre

Aussichten auf eine Versorgung zerstört oder doch beeinträchtigt worden sind.

Für die Begründung ihres Anspruches wird hiernach erfordert:

1. daß Klägerin dem Beklagten den Beischlaf gestattet hat;
2. daß dies geschehen ist, während zwischen den Parteien ein Verlöbnis im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches bestand;
3. daß sie zu damaliger Zeit unbescholten war; und
4. daß der Beklagte, ohne einen wichtigen Grund zu haben (§ 1298 Abs. 3), von dem Verlöbnis zurückgetreten ist.

Das Berufungsgericht vermißt in dem anhängigen Falle nur das Erfordernis zu 3, während über das Vorliegen der Bedingungen zu 1 und 4 kein Streit herrscht und das Bestehen eines Verlöbnisses zu der kritischen Zeit (zu 2) von ihm, vorbehaltlich eines Beweises, vorausgesetzt wird.

Die Entscheidungsgründe führen in dieser Beziehung aus:

„Aus ihrem (d. i. der Klägerin) eignem Vortrage ergibt sich, daß sie vor dem angeblichen zweiten Verlöbnis mit dem Beklagten geschlechtsvertraulichen Verkehr unterhalten und außerehelich geboren hatte. Dieser Sachverhalt schloß ein zweites Verlöbnis mit einer „Unbescholtenen" aus und läßt die Bestimmung des § 1300 B.G.B. als vorliegend nicht anwendbar erscheinen. Daß nach dem Vortrage der Klägerin der Beklagte selbst es gewesen, der die Bescholtenheit der Klägerin herbeiführte, vermag hieran nichts zu ändern. Das Gesetz anerkennt einen Anspruch der Verlobten auf die in § 1300 vorgesehene Entschädigung nur im Falle ihrer Unbescholtenheit zur Zeit des Verlöbnisses, ohne einen Unterschied in der Richtung zu machen, durch wessen Schuld die Verlobte die Unbescholtenheit eingebüßt hatte."

Diese Erwägungen erscheinen von Rechtsirrtum beeinflußt.

Das Berufungsgericht geht zwar zutreffend davon aus, daß der Begriff der Unbescholtenheit, der ebensowohl rechtlicher wie tatsächlicher Natur ist, im Falle des § 1300 a. a. O. (ähnlich wie bei dem Tatbestande des Vergehens gegen § 182 St.G.B.) nur auf die Geschlechtsehre abzielt.

Unrichtig aber ist, daß eine Frauensperson unbedingt und gegenüber jedermann als geschlechtlich bescholten zu gelten hat,

wenn sie mit einem Manne geschlechtsvertraulichen Verkehr unterhalten und außerehelich geboren hat.

Die „Bescholtenheit" ist, wie schon die sprachliche Ableitung des Wortes (von dem ahd. pisceltan oder bisceltan) ergibt, eine Folge der niedrigen Bewertung, die der Ruf eines Menschen innerhalb seines Lebenskreises von dritter Seite erfährt. Eine Person zu „beschelten", d. i. ein tadelndes, strafendes Urteil über sie abzugeben, erscheint aber nur derjenige sittlich berechtigt, der nicht selbst an ihrer anstößigen Aufführung teilgenommen hat, der keine Mitschuld an ihrer Bescholtenheit trägt. Der Begriff der Bescholtenheit ist daher insoweit kein absoluter und objektiver. Wer ein bis dahin unschuldiges Mädchen zum Beischlafe verführt, oder wer als Verlobter eines solchen diesen Umstand benutzt, um ihr geschlechtlich beizuwohnen, hat keinen Grund, um der Verführten oder bezw. seiner Verlobten deshalb seinerseits Bescholtenheit vorzuwerfen.

Schon das preußische Gesetz vom 24. April 1854 (Ges.-Samml. S. 193) gab daher dem Schwängerer einen Einwand gegen die Geschwängerte wegen geschlechtlicher Bescholtenheit in dem Falle ihrer bereits früher schon einmal stattgehabten Schwängerung nach § 9 Nr. 2c nur alsdann, wenn er nicht selbst dieser frühere Schwängerer war.

Auch der § 1300 B.G.B. setzt seiner Tendenz nach voraus, daß der Makel, den die verlassene Braut etwa schon vor der Erfüllung des darin vorgesehenen Tatbestandes erlitten hat, wenn dadurch ihre Unbescholtenheit aufgehoben werden soll, nicht von dem zurücktretenden Verlobten selber verursacht oder doch mitverursacht worden ist. Denn nur in diesem Falle kann auch ihm selbst gegenüber von einer Bescholtenheit der früheren Verlobten die Rede sein. Individuelle, besondere Umstände, die in dem vorliegenden Falle eine solche Mitschuld ausschlössen, sind von dem Vorderrichter nicht festgestellt. Der von dem Beklagten geltend gemachte Bescholtenheitseinwand läuft sonach darauf hinaus, daß er aus seinem eigenen unsittlichen Handeln Vorteil ziehen will, indem die Klägerin auch ihm gegenüber allein eine Verfehlung vertreten soll, zu deren Entstehung er selber hauptsächlich mitgewirkt hat. Wie es arglistig sein würde, wenn er seinen Rücktritt von dem Verlöbnis mit einer Defloration der Klägerin rechtfertigen wollte, die von ihm selber herbeigeführt worden ist, ebenso muß es auch arglistig und daher unzulässig sein, wenn er ihrem An-

spruche aus § 1300 a. a. O. damit begegnen will, daß er sie für beschoften erklärt, weil er selber ihr bereits früher schon beigewohnt und sie geschwängert hat.

Aus ganz gleichartigen Erwägungen hat in einem Straffalle aus § 182 St.G.B. das Reichsgericht die Bescholtenheit eines Mädchens unter 16 Jahren gegenüber dem angeschuldigten Verführer verneint, indem es angenommen hat, daß ein gewisses unzüchtiges, demselben zur Last fallendes Verhalten nur eine Folge der damals schon begonnenen unsittlichen Beeinflussung des Verführers gewesen sei.

Vgl. Entsch. des R.G. in Straff. Bd. 32 S. 438." ...

---

14. Gehört der Anspruch des Versicherten aus einem Unfallversicherungsvertrage zur Konkursmasse, wenn der Vertrag vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherten abgeschlossen worden ist, der Unfall aber erst nach der Konkurseröffnung in einem Versicherungsjahre sich ereignet hat, für welches die Prämie von der Versicherungsgesellschaft mit dem Gemeinschuldner persönlich während des Konkursverfahrens verrechnet worden ist?

II. Civilsenat. Urt. v. 20. Juni 1902 i. S. Oberrh. Versicherungsges. (Bekl.) w. St. (Kl.). Rep. II. 114/02.

I. Landgericht Karlsruhe.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger, über dessen Vermögen im Oktober 1898 das Konkursverfahren eröffnet wurde, war bei der Beklagten für die Zeit vom 18. September 1897 bis zum 20. September 1902 gegen Unfall versichert. In dem § 8 der dem Versicherungsvertrage zu grunde liegenden allgemeinen Versicherungsbedingungen war bestimmt:

„Sind am letzten Tage dieser Frist diese Prämien und die Kosten nicht voll bezahlt, gleichviel aus welchen Gründen, so ruht die Verpflichtung der Gesellschaft aus dem Versicherungsvertrage ohne weiteres."

Die Prämie für das Versicherungsjahr vom 20. September 1899 bis 20. September 1900 wurde von der Beklagten mit dem Gemeinschuldner selbst verrechnet, indem sie dieselbe von der Entschädigungssumme für einen am 25. August 1899 erlittenen Unfall

in Abzug brachte. Der Konkursverwalter war in den Versicherungsvertrag nicht eingetreten. Am 12. April 1900 erlitt Kläger wieder einen Unfall. Wegen dieses Unfalles erhob er Klage auf Feststellung, daß die Beklagte ihn zu entschädigen verpflichtet sei. Von dem Landgerichte wurde nach dem Klagantrage erkannt. In der Berufungsinstanz wandten die Beklagte und der als Nebenintervenient in den Prozeß eingetretene Konkursverwalter u. a. ein, daß der Kläger zur Klage nicht legitimiert sei, weil der Klaganspruch zur Konkursmasse gehöre. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Die von der Beklagten eingelegte Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

„Die Revision rügt, daß das Berufungsgericht den Einwand der mangelnden Aktivlegitimation mit Unrecht für unbegründet erklärt habe. Die Entscheidung des Berufungsgerichtes beruht auf der Annahme, daß der Anspruch des Klägers aus dem Unfallversicherungsvertrage im Zeitpunkte der Konkurseröffnung, also vor Eintritt des Unfalles nicht ein der Zwangsvollstreckung unterliegendes, zur Konkursmasse des Klägers gehörendes Vermögensstück gewesen sei. . . . Hiervon abgesehen, sei auch der Anspruch aus einer freiwilligen privaten Unfallversicherung derart mit der Persönlichkeit des Gemeinschuldners, mit seiner Erwerbstätigkeit und Erwerbsfähigkeit verknüpft, daß es, wenn nicht den guten Sitten, so doch dem Wesen des Versicherungsvertrages widersprechen würde, wenn die Konkursmasse mit der Unfallgefahr des Gemeinschuldners spekulieren und daraus Gewinn erzielen wolle. Tatsächlich sei dann auch der Eintritt des Konkursverwalters in das Versicherungsverhältnis nicht erfolgt. . . .

Der Angriff der Revision geht fehl, da die Entscheidung des Berufungsgerichtes nach der besonderen Lage des Falles als gerechtfertigt erscheint, wenn auch der Begründung nicht in allen Punkten beizupflichten ist. Nach § 1 K.O. umfaßt die Konkursmasse das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners, welches ihm zur Zeit der Eröffnung des Konkursverfahrens gehört.

Hiernach gehört zur Konkursmasse:

a) nur das pfändbare Vermögen. Der Begriff der Pfändbarkeit in Ansehung des beweglichen und des unbeweglichen Vermögens wird durch die Civilprozeßordnung besonders in den §§ 811 flg. 850 flg. und 864 flg. bestimmt. Der § 850 Abs. 1 Ziff. 4

C.P.O. bezieht sich nur auf die aus Kranken-, Hilfs- oder Sterbekassen zu beziehenden Unterstützungen. Bezüglich des dem Verletzten nach § 843 B.G.B. bezw. gemäß Art. 42 Einf.-Ges. zum B.G.B. zustehenden Anspruches wegen einer Verletzung des Körpers oder der Gesundheit ist die Pfändbarkeit nicht ausgeschlossen, sondern nur der Höhe nach beschränkt. Dagegen genießt die Entschädigungsforderung des Versicherten aus einem Unfallversicherungsvertrage, obwohl sie wirtschaftlich mit dem gesetzlichen Schadensersatzanspruche wegen Körperverletzung gleichbedeutend ist, ein gleiches Privilegium nicht. Aus der Zweckbestimmung der Konkursmasse, die zur Befriedigung der Gläubiger dienen soll, folgt übrigens, daß Rechte und Objekte, welche an sich zu den Vermögensrechten zu zählen und gesetzlich nicht unpfändbar sind, nicht zur Konkursmasse gehören, wenn nach allgemeiner Verkehrsauffassung jede Möglichkeit ausgeschlossen ist, daß sie zur Gewinnung eines Vermögenswertes zu verwerten sind. In der Regel wird jedoch die Verwertbarkeit eines Vermögensstückes erst bei Beendigung des Konkurses sich beurteilen lassen, wie denn auch § 162 K.O. die Beschlußfassung der Gläubiger über die nicht verwertbaren Vermögensstücke erst vor Aufhebung des Konkursverfahrens vorsieht. Die Verwertung eines Anspruches aus einem Unfallversicherungsvertrage zum Zwecke der Befriedigung der Gläubiger kann allerdings vor Eintritt eines Unfalles ernstlich wohl nicht in Betracht kommen; dagegen gewinnt ein solcher Anspruch mit dem Eintritte des Unfalles sofort einen verwertbaren Vermögenswert.

b) Die Konkursmasse umfaßt nur dasjenige Vermögen des Gemeinschuldners, das ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört. Das nach der Konkurseröffnung von dem Gemeinschuldner insbesondere durch seine persönliche Tätigkeit erworbene Vermögen gehört nicht zur Konkursmasse, sondern dem Gemeinschuldner. Die Frage, ob dem Gemeinschuldner zur Zeit der Konkurseröffnung Sachen bezw. Ansprüche schon erworben waren, ist nach dem bürgerlichen Rechte zu entscheiden. Seine zu dieser Zeit suspensiv bedingten Rechte sind ihm bereits erworben, also von der Konkursmasse nicht ausgeschlossen. Ob ein Erwerb vor oder nach der Konkurseröffnung gemacht ist, bestimmt sich nicht nach dem tatsächlichen Zufallen des Erwerbes, sondern lediglich nach dem Zeitpunkte, in welchem der Rechtsgrund des Erwerbes entstanden ist. Deshalb folgt daraus, daß der fragliche

DEUTSCHE DEMOKRATISCHE REPUBLIK
Zentrale Richterschule

Unfall erst nach der Konkurseröffnung sich ereignet hat, nicht, daß der Klaganspruch nicht zur Konkursmasse gehört. Andererseits ist daraus, daß der fragliche Versicherungsvertrag vor der Konkurseröffnung abgeschlossen worden ist, nicht ohne weiteres zu schließen, daß der klagend geltend gemachte Anspruch schon im Zeitpunkte der Konkurseröffnung zu dem Vermögen des Gemeinschuldners gehört hat. Voraussetzung für den Bestand der Versicherung war die Zahlung der für das betreffende Jahr fälligen Prämien. In dem § 8 des Vertrages der Parteien ist die Verpflichtung der Gesellschaft ausdrücklich an die Voraussetzung rechtzeitiger Prämienzahlung geknüpft und bestimmt, daß im Falle einer Säumnis die Verpflichtung der Gesellschaft aus dem Versicherungsvertrage „ohne weiteres ruhen", d. h. nicht weiter bestehen solle. Somit ist die Annahme gerechtfertigt, daß mit der Zahlung der Prämie als der vertraglichen Vorleistung des Versicherten die als Gegenleistung sich darstellende Verpflichtung der Gesellschaft zur Tragung der Gefahr für das betreffende Jahr erst entstand. Daher liegt der Rechtsgrund des Erwerbes des Unfallversicherungsanspruches in der Zahlung der Prämie für das betreffende Jahr, in dem der Unfall sich ereignete; dagegen war der Erwerb des Anspruches nicht schon mit dem Abschlusse des Versicherungsvertrages vom 18. September 1897 begründet, wenn dieser auch die allgemeine Grundlage des Vertragsverhältnisses bildet. Auf dem nämlichen Gesichtspunkte beruht es, daß die seit der Eröffnung des Verfahrens laufenden Zinsen gemäß § 63 K.O. im Konkursverfahren nicht geltend gemacht werden können. Diese Bestimmung wird in den Motiven zu § 56 K.O. a. F. (jetzt § 63 n. F.) folgendermaßen begründet (vgl. Hahn, Materialien zur Konkursordnung S. 252): „Wenngleich die Ursache der Zinsverpflichtung, der Zinsvertrag oder die gesetzliche Zahlbarkeit der Forderung oder der Verzug, in die Zeit vor der Konkurseröffnung fallen mag, so entsteht, wie ein Pacht- oder Mietzins von Sachen, überhaupt jede Zinsforderung immer erst mit dem Ablaufe der Zeit für die gehabte oder entzogene Benutzung des geschuldeten Gegenstandes. Laufende Zinsen sind daher nicht als bedingte, sondern überhaupt nicht als „Konkursforderungen anzusehen". Wie die Zinsenforderung als Äquivalent für die Benutzung des Kapitales erst mit dieser Benutzung entsteht, so entstand auch die Verpflichtung der Gesellschaft zur Tragung der Gefahr für

einen bestimmten Zeitraum als Äquivalent für die Prämie für die betreffende Zeit erst mit der Zahlung der Prämie. Auch nimmt Kohler (Lehrbuch des Konkursrechtes S. 325) an, daß in Ansehung der erst nach der Konkurseröffnung fällig werdenden Prämien die Forderung des Versicherers mit Rücksicht auf die ständige Leistung der Gefahrstragung, welche er schulde, eine erst künftig entstehende Forderung und deshalb keine Konkursforderung im Sinne des § 2 K.O. a. F. (jetzt § 3 n. F.) sei. Gewiß hat der Konkursverwalter das Recht, in die zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Versicherungsverträge des Gemeinschuldners einzutreten (§ 17 K.O.). Was er auf Grund bestehender Verträge durch seine Geschäftsführung zu den ursprünglichen Bestandteilen der Masse hinzu oder an deren Stelle erwirbt, gehört selbstverständlich zur Konkursmasse. Bei der Feuer- und bei der Lebensversicherung hat der Konkursverwalter unter Umständen auch ein offenbares Interesse daran, der Konkursmasse einen hierzu bereits gehörigen Vermögenswert durch Fortzahlung der Prämie zu erhalten. Aber gerade darin besteht zwischen der Feuer- und der Lebensversicherung einerseits und der Unfallversicherung anderseits ein erheblicher Unterschied, daß kein vernünftiges Interesse erkennbar ist, welches den Konkursverwalter bestimmen könnte, durch Fortzahlung der Prämien aus Mitteln der Konkursmasse eine Unfallversicherung des Gemeinschuldners fortzusetzen und auf einen Ersatz für den Verlust oder für die Verminderung der Erwerbstätigkeit des Gemeinschuldners bedacht zu sein, welche nicht zur Konkursmasse gehört und deren Erträgnis dem Gemeinschuldner verbleibt. An der Erhaltung der Erwerbstätigkeit des Gemeinschuldners hat der Konkursverwalter nur ein allgemein menschliches Interesse, aber kein Interesse vom Standpunkte der von ihm verwalteten Masse aus, zu deren Nachteile vielmehr die Verwendung von Konkursmitteln zu einem der Konkursmasse fremden Zwecke gereichen würde. Nach der tatsächlichen Feststellung des Berufungsgerichtes hat nun die Konkurseröffnung im Oktober 1898, der fragliche Unfall, bezüglich dessen der Klaganspruch geltend gemacht wird, erst am 12. April 1900 stattgefunden. Der Konkursverwalter ist vor dem Unfalle trotz der langen Zwischenzeit seit der Konkurseröffnung in den Versicherungsvertrag nicht eingetreten, und die Beklagte hat die Prämie von 66,15 ℳ, welche für das Versicherungsjahr vom 20. September 1899 bis 20. September 1900

zu zahlen war, mit dem Gemeinschuldner selbst verrechnet, indem sie dieselbe von der Entschädigungssumme von 90,75 ℳ für einen am 25. August 1899 erlittenen Unfall in Abzug brachte.

Wenn hiernach die Prämie mit dem Gemeinschuldner verrechnet und nach der übereinstimmenden Willensmeinung der Parteien die Versicherung mit dem Kläger und für die Person des Klägers, also nicht zu gunsten der Konkursmasse, welche an der Fortsetzung der Versicherung kein Interesse hatte, und für welche auch der Konkursverwalter in den Versicherungsvertrag nicht eingetreten war, erneuert worden ist, so ist für die entscheidende Frage, für wessen Rechnung die Prämie entrichtet worden ist, der Einwand der Beklagten, daß die Prämie mit einer nur vermeintlich dem Kläger, in Wirklichkeit aber der Konkursmasse zustehenden Forderung verrechnet worden sei, von nebensächlicher Bedeutung. Folglich gehörte der Klageanspruch nicht schon im Zeitpunkte der Konkurseröffnung zum Vermögen des Klägers, sondern er ist erst nachträglich von letzterem neu erworben worden. Bei dieser Sachlage war die Entscheidung des Berufungsgerichts, wenn auch aus anderen Gründen, gerechtfertigt (§ 563 C.P.O.)" ...

---

15. Wo ist der Gerichtsstand des Erfüllungsortes begründet, wenn aus der verlangten Aufhebung eines Vertrages verschiedene, an sich an verschiedenen Orten zu erfüllende Klagansprüche geltend gemacht werden?

C.P.O. § 29.

I. Civilsenat. Urt. v. 21. Juni 1902 i. S. Konkursmasse der Fabrik feuerfester und säurefester Produkte zu B. (Bekl.) w. v. F. (Kl.). Rep. I. 321/01.

I. Landgericht Liegnitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Die beklagte Aktiengesellschaft, deren Sitz Vallendar im Bezirke des Landgerichtes zu Neuwied lag, war Inhaberin eines Patentes auf einen Kammerringofen mit Wassergasfeuerung und oberem Rauchabzug (Wirges Gaskammerofen). Der Kläger, der auf seinem zum Landgerichtsbezirke Liegnitz gehörigen Gute Gassendorf eine Dampfziegelei betrieb, hatte von der beklagten Aktiengesellschaft vertraglich das Recht

zur Ausführung und gewerbsmäßigen Benutzung eines solchen Ofens auf seinem Gute und die für Bau und Einrichtung erforderlichen Zeichnungen und Erläuterungen gegen ein Entgelt von 15000 ℳ erworben. Auf das Entgelt war der Teilbetrag von 10000 ℳ bezahlt. Der Ofen war anfangs 1900 gebaut worden. Zu diesem Baue hatte die beklagte Aktiengesellschaft 16 Stück Düsen (Röhren) und 16 Stück Lattenverschläge geliefert. Der Ofen besaß aber nach Ansicht des Klägers nicht die von der beklagten Aktiengesellschaft zugesicherten Eigenschaften. Der Kläger wollte deshalb den Vertrag aufheben und beantragte mit der bei dem Landgerichte Liegnitz erhobenen Klage:

die beklagte Aktiengesellschaft zu verurteilen:

1. an ihn 10000 ℳ samt 5 Prozent Zinsen seit dem 1. Februar 1900 zu zahlen;
2. anzuerkennen, daß er weitere 5000 ℳ für die Überlassung des Patentes nicht verschulde;
3. die gelieferten 16 Düsen und 16 Lattenverschläge auf ihre Kosten zurückzunehmen;
4. ihm denjenigen Schaden zu ersetzen, der durch Einrichtung des patentierten Kammerofensystems in seiner Fabrik entstanden sei;

Die beklagte Aktiengesellschaft erhob unter Verweigerung der Einlassung zur Hauptsache, die prozeßhindernde Einrede der Unzuständigkeit. Beide Vorinstanzen verwarfen diese Einrede. Nach Einlegung der Revision wurde das Verfahren durch den Konkurs der klagenden Aktiengesellschaft unterbrochen, demnächst aber in gehöriger Form aufgenommen. Das Rechtsmittel hat zur Abweisung der Klage wegen Unzuständigkeit des Landgerichtes Liegnitz geführt. Über die Zuständigkeitsfrage ergeben die

Gründe:

... „Dadurch, daß es sich jetzt, nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen der beklagten Aktiengesellschaft, sachlich nur noch um die Feststellung der bestrittenen Konkursforderung handelt, wird für die Frage der Zuständigkeit nichts geändert. Die ausschließliche Zuständigkeitsbestimmung in Abs. 2 des § 146 K.O. bezieht sich nicht auf den Abs. 3 daselbst. Entscheidend ist nach wie vor, ob für die Klage, wie sie angestellt war, ein Gerichtsstand bei dem angegangenen Landgerichte gegeben war. Ihren allgemeinen Gerichtsstand hat die

beklagte Aktiengesellschaft bei diesem Gerichte nicht. Von den besonderen Gerichtsständen kann nur der in § 29 C.P.O. bestimmte Gerichtsstand des Erfüllungsortes in Frage kommen. Das angefochtene Urteil hat diese Zuständigkeit angenommen. Es stützt seine Ansicht auf einen doppelten Grund. Zunächst führt es, unter Bezugnahme auf die Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 27 S. 397 und Bd. 31 S. 383, aus, daß wenn auch die Aufhebung des Vertrages zwar in der Klageschrift begehrt, nicht aber in den Antrag aufgenommen sei, die Klage trotzdem als Aufhebungsklage anzusehen sei, und hält dafür, daß schon aus diesem Grunde die Anstellung der Klage im Gerichtsstande des Klägers zulässig gewesen sei. Sodann untersucht es die einzelnen Klaganträge und kommt dabei zu dem Ergebnisse, daß zwar für sich genommen, die Klaganträge 1 und 4 — Rückzahlung der 10000 ℳ und Ersatz des Schadens — vor den Gerichtsstand der beklagten Aktiengesellschaft und nur die Klaganträge 2 und 3 — Feststellung der Nichtschuld für die rückständigen 5000 ℳ und Rücknahme der Düsen und Lattenverschläge — vor den des Klägers gehört hätten, daß aber mit Rücksicht auf diese letztere Zuständigkeit, da es sich um eine tatsächliche Verbindung verschiedener Ansprüche handele, die zusammen geltend gemacht werden könnten, auch die Klaganspräche 1 und 4 in diesem Gerichtsstande hätten erhoben werden dürfen. Wenn man sich auf den Standpunkt stellt, daß für die Prüfung der Zuständigkeitsfrage im vorliegenden Falle die einzelnen Klaganträge zu berücksichtigen seien, so würde zwar der Entscheidung beizutreten sein, welche das Berufungsgericht über die Zuständigkeit für die einzelnen Klaganspräche getroffen hat. Die Annahme aber, daß trotz dieser verschiedenen Zuständigkeit im einzelnen doch für die tatsächlich verbundenen Ansprüche der Gerichtsstand des Klägers habe gewählt werden dürfen, würde, wie die Revision mit Recht betont hat, dem Bedenken ausgesetzt sein, daß vorliegend gerade diejenigen Klaganspräche, für welche die Zuständigkeit an sich nicht gegeben ist, die dem Werte nach wichtigsten sind. Ein Rechtsgrundsatz aber, daß vor dem für einen Klagantrag zuständigen Gericht auch die damit tatsächlich verbundenen Klaganträge geltend gemacht werden könnten, besteht in dieser Allgemeinheit jedenfalls nicht. Auf diese Frage braucht indes nicht weiter eingegangen zu werden; denn der rechtlichen Gestaltung des Falles entspricht es überhaupt nicht, die einzelnen Klaganträge

zum Ausgangspunkte für die Entscheidung der Zuständigkeitsfrage zu nehmen.

Zutreffender ist der Standpunkt, von dem das Berufungsgericht in erster Linie ausgeht, nämlich die Auffassung der Klage als eines Ganzen, aber er führt nicht zur Bejahung der Zuständigkeit, wie die Vorinstanz will, sondern zu deren Verneinung. Es entspricht der Judikatur des Reichsgerichtes, wenn der Berufungsrichter annimmt, daß die Klage auf Aufhebung des Lizenzvertrages gerichtet sei, obgleich in den Klaganträgen dieses Begehren nicht ausdrücklich gestellt ist. Die Klaganträge setzen die Aufhebung voraus, sie sind Ausfluß des vom Kläger geltend gemachten redhibitorischen Anspruches in Bezug auf die Lizenzgewährung. Allein daraus würde sich zunächst nur ergeben, daß einer der Fälle vorliegt, für welche der § 29 C.P.O. den besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes vorsieht; darüber, wo dieser Gerichtsstand begründet sei, würde noch nichts entschieden sein. Zuständig ist nach § 29 das Gericht des Ortes, wo „die streitige Verpflichtung" zu erfüllen ist. Der Kläger hat seinen Anspruch auf die Behauptung gestützt, daß die beklagte Aktiengesellschaft die im Lizenzvertrage übernommene Verpflichtung nicht gehörig erfüllt habe; nach seiner Angabe hat der Gegenstand des Lizenzvertrages, der von ihm den überlassenen Zeichnungen gemäß ausgeführte Gaskammeröfen, auf dessen Konstruktion sich das Patent der Aktiengesellschaft bezieht, nicht die zugesagten Eigenschaften. Aus diesem Grunde fordert er nach dem im Tatbestande der ersten Instanz wiedergegebenen Inhalte der Klageschrift „Aufhebung des um das Patent geschlossenen Vertrages, Rückzahlung der bereits gezahlten Lizenzgebühr, Anerkennung, daß er den Restbetrag von 5000 ℳ nicht verschulde, Wegnahme der gelieferten Materialien und Ersatz des entstandenen und entstehenden, seiner Höhe nach später festzustellenden Schadens, der in den Auslagen für Bauten und Einrichtungen bestehe, die zur Inbetriebsetzung des Systems notwendig gewesen, ferner in den Kosten der Entfernung dieser Einrichtungen zwecks Herstellung einer anderen Ofenkonstruktion und endlich in dem Geschäftsgewinne, der ihm dadurch entgangen sei, daß die Fabrikation von Verblendern, glasierten Falzziegeln und glasierten Verblendern nicht möglich gewesen sei". Alle diese Folgen sind nur sekundärer Natur, im Grunde sind sie sämtlich darauf zurückzuführen, daß das von der beklagten Aktiengesellschaft Geleistete mangel-

haft gewesen sei. Der Streit darüber ist der Grundstreit des Prozesses; die streitige Verpflichtung, um die es sich in erster Linie handelt, ist die vertragsmäßige Verpflichtung der beklagten Aktiengesellschaft, deren gehörige Erfüllung bestritten ist. Daran ändert der Umstand nichts, daß die formellen Klaganträge nicht einmal auf die Aufhebung des Vertrages, sondern lediglich auf die besonderen Folgen gerichtet sind, welche aus der durch die mangelhafte Erfüllung bedingten Vertragsaufhebung abgeleitet werden. Der Zusammenhang bleibt trotzdem bestehen und ergibt, daß nach der Absicht des Klägers diese Folgen nicht in ihrer Vereinzelung sollen geltend gemacht werden, sondern in einheitlicher Verbindung mit dem zu grunde liegenden wesentlichen Streitpunkte, dessen bloße Ausflüsse sie sind. Aus dieser Einheitlichkeit folgt einerseits, daß man für die Bestimmung des zuständigen Gerichtes nicht die einzelnen Klaganträge zu grunde legen darf, was nach dem früher Bemerkten teils zur Bejahung, teils zur Verneinung der Zuständigkeit des angegangenen Gerichtes führen würde, anderseits, daß trotz der beschränkten Fassung der Klaganträge als die das zuständige Gericht bestimmende streitige Verpflichtung diejenige gelten muß, auf welche sich der Rechtsstreit in seiner Gesamtheit bezieht. Dieses ist nach dem Ausgeführten die Verpflichtung der beklagten Aktiengesellschaft zur Erfüllung des Lizenzvertrages. Entscheidend ist daher, wo diese Verpflichtung zu erfüllen war. Gegen die Ansicht des Landgerichtes, das hierfür der Ort des Vertragsabschlusses maßgebend sei, hat sich mit Recht bereits die Vorinstanz ausgesprochen. Eine besondere Vereinbarung über den Erfüllungsort ist nicht getroffen. Auch aus der Natur des Leistungsgegenstandes ist keine Entscheidung zu entnehmen. Es besteht daher kein Grund, den Erfüllungsort für die beklagte Aktiengesellschaft anderswohin, als an ihren im Bezirke des Landgerichtes Neuwied befindlichen Sitz zu verlegen (Art. 324 A.D.H.G.B.). Demnach muß, im Gegensatze zu der Ansicht der Vorinstanz, die Zuständigkeit des Landgerichtes Liegnitz für die erhobene Klage verneint werden.

Diese Auffassung steht nicht in Widerspruch mit der Auslegung, welche der § 29 C.P.O. in früheren Entscheidungen des Reichsgerichtes gefunden hat. Die in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 27 S. 393 flg., Bd. 31 S. 383 veröffentlichten Urteile des II. und VI. Civilsenates, die übrigens im Ergebnis auch dahin gelangen, daß der

Gerichtsstand des wegen mangelhafter Vertragserfüllung Belangten maßgebend sei, können nicht entgegengehalten werden; denn in beiden Fällen handelte es sich nur um die eine Folge der Vertragsaufhebung, die Rückforderung des gezahlten Kaufpreises, nicht wie hier um die Verbindung mehrerer verschiedenartiger, aber sekundärer Rechtsfolgen aus der einheitlichen Grundlage der mangelhaften Vertragserfüllung. Eine solche Verbindung lag auch nicht vor bei den a. a. O. Bd. 3 S. 413, Bd. 9 S. 351 und Gruchot, Beiträge Bd. 35 S. 434 entschiedenen Fällen. Es war demnach auch nicht erforderlich, nach § 137 G.V.G. vorgängig die Entscheidung der vereinigten Civilsenate einzuholen." ...

---

16. Was ist aus der Kautionshypothek des bisherigen preußischen Rechts beim Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts geworden?

Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 §§ 24. 63—67.
Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 192.
Preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. Art. 31 § 1.

V. Civilsenat. Urt. v. 21. Juni 1902 i. S. J. (Bekl.) w. J. (Kl.). Rep. V. 132/02.

I. Landgericht Beuthen i. S.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Auf Grund der Eintragungsbewilligung der Witwe J., der Vormünderin der Beklagten, war am 25. Mai 1893 auf deren Miteigentumsanteil an dem Grundstücke Blatt 11 Haus T. in Abteilung III. unter Nr. 24 eine Kaution für das von ihr verwaltete, vom Vater ererbte Vermögen der Beklagten eingetragen worden. Die Witwe J. starb am 1. Juli 1895. Nachher wurde die Beklagte von zwei anderen Personen bevormundet. Sie erhob bei Beendigung der Vormundschaft keine Einwendungen gegen die Schlußrechnung. Alleineigentümer des Grundstückes Blatt 11 Haus T. wurde Joseph J. Nachdem über dessen Vermögen am 13. Dezember 1900 der Konkurs eröffnet worden war, erhob der Konkursverwalter mit der Behauptung, es seien der Beklagten Ansprüche aus der vormundschaftlichen Verwaltung der

Witwe J. nicht entstanden, Klage gegen die Beklagte mit dem Antrage, zum Zwecke der Grundbuchberichtigung in die Löschung der Kautionshypothek von Nr. 24 von 20000 ℳ zu willigen. Die Beklagte wurde demgemäß verurteilt, und deren Berufung zurückgewiesen. Die von ihr eingelegte Revision ist gleichfalls zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

... „Das Berufungsgericht hält es nach dem Wortlaute des Eintragungsvermerks und der Erklärungen der Witwe J. vor dem Vormundschaftsgericht und dem Grundbuchrichter für zweifellos, daß die streitige Kautionshypothek ausschließlich zu dem Zwecke begründet ist, die Ansprüche der Beklagten gegen ihre Mutter und Vormünderin aus der Vormundschaftsverwaltung sicherzustellen (Preußische Vormundschaftsordnung § 58).

Es nimmt auch auf Grund der Verhandlung vom 2. Januar 1901, nach welcher die Beklagte ihrem späteren Vormunde für die gelegte Rechnung ohne Vorbehalt Quittung und Entlastung erteilt hat, in Verbindung damit, daß die Beklagte auch jetzt nicht einmal behauptet habe, daß ihr Ansprüche gegen ihre Mutter und Vormünderin aus der geführten Vermögensverwaltung zustehen, als feststehend an, daß der Beklagten solche Ansprüche gegen ihre Mutter nicht entstanden sind. Wenn das Berufungsgericht aus diesem, von der Beklagten nicht bestrittenen, Sachverhalte unter Anwendung des Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. folgert, die Kautionshypothek sei am 1. Januar 1900 mit dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts eine Maximalhypothek des § 1190 B.G.B. geworden, die der Gemeinschuldner Joseph J. nach § 1163 B.G.B. als Eigentümerhypothek erworben habe, weil er im Zeitpunkte des Todes der Witwe J. und der Beendigung der Vormundschaft Eigentümer des Pfandgrundstückes gewesen sei, so kann dem nicht beigetreten werden. Die Meinung der Beklagten, die Kautionshypothek sei als Eigentümerhypothek der Witwe J. als Grundstückseigentümerin zur Zeit der Hypothekbestellung zur Entstehung gelangt, ist vom Berufungsgerichte mit Recht abgewiesen; denn nach dem bis zum 1. Januar 1900 in Geltung gewesenen preußischen Rechte fanden die Vorschriften der §§ 63—66 Eig.-Erw.-Ges. auf Kautionshypotheken überhaupt keine Anwendung (§ 67 das.). Erst dadurch, daß die bisherige Kautionshypothek gemäß

Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. und Art. 33 § 1 des preußischen Ausf.-Ges. zum B.G.B. sich in eine Sicherungshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuches umgewandelt hat, ist es möglich geworden, daß der Eigentümer des Pfandgrundstückes die bisherige Kautionshypothek erworben hat. Zweifellos ist diese Umwandlung bei denjenigen Hypotheken eingetreten, welche zur Sicherung eines Rechtsverhältnisses bestellt sind, das am 1. Januar 1900 noch fortbestand, aus dem also Forderungen für den Kautionsgläubiger noch entstehen konnten. Eine andere Entscheidung ist dagegen geboten, wenn während der Herrschaft des bisherigen Rechtes Ansprüche des Kautionsgläubigers nicht entstanden sind, und das Rechtsverhältnis beendet ist, so daß Forderungen, für welche die Kautionshypothek haften würde, auch nicht mehr entstehen konnten. Die Kautionshypothek des preußischen Rechtes (§ 24 Eig.-Erw.-Ges.) war eine bedingte Hypothek, bedingt dadurch, daß für den Gläubiger Forderungen aus dem durch die Kaution gesicherten Geschäftskreise entstanden. Das Hypothekenrecht selbst hing vom Bestehen von Forderungen ab. Soweit Forderungen entstanden oder, wenn entstanden, getilgt wurden, erlosch die Hypothek. Der Eigentümer konnte über die Kautionshypothek nicht in anderer Weise (z. B. durch Umschreibung auf seinen oder eines Cessionars Namen) verfügen, als daß er sie löschen ließ. Die nacheingetragenen Berechtigten rückten im Range vor.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 49 S. 164 flg.

Blieb die Kautionshypothek, obwohl erloschen, eingetragen, so war sie nur ein Scheinrecht, materiell war sie völlig unwirksam. Sie war kein bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 Abs. 1 Satz 1 Einf.-Ges. zum B.G.B. und gilt daher nicht nach Abs. 1 Satz 2 daselbst seit dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts als Sicherungshypothek. Sie bleibt, was sie bis dahin war, ein erloschenes Pfandrecht, und ist, wie vordem, nur zur Löschung geeignet. Dies entspricht auch der Auffassung, welche bei den Gerichten und in der Litteratur vorherrscht.

Vgl. Entsch. des Kammergerichtes Bd. 21 S. 154; Seuffert's Archiv Bd. 56 S. 274; Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 6 S. 339; Dernburg, Sachenrecht S. 616 Anm. 3; Oberneck, Reichsgrundbuchordnung S. 696; Stegemann in Rassow-Küntzel, Beiträge Bd. 46 S. 322.

Die Anwendung dieser Sätze auf die hier fragliche Kautionshypothek Nr. 24 führt zu folgendem Ergebnis. Die Hypothek ist bestellt für Ansprüche, welche aus der vormundschaftlichen Vermögensverwaltung der Vormünderin Witwe J. gegen diese entstehen möchten. Aus dieser Verwaltung sind Ansprüche gegen die Witwe J. nicht entstanden, und sie konnten auch nicht mehr entstehen, nachdem mit dem am 1. Juli 1895 erfolgten Tode der Witwe J. deren Amt als Vormünderin und die damit verbundene Verwaltung des Vermögens ihrer Mündel, der Beklagten, ihr Ende erreicht hatten. Die Kautionshypothek war und blieb löschungsreif. Darin hat sich mit dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts nichts geändert. Sie ist nicht, wie das Berufungsgericht annimmt, in eine Höchstbetragshypothek des § 1190 B.G.B. umgewandelt und nicht von dem Gemeinschuldner Joseph J., dem Eigentümer des Pfandgrundstückes, als Eigentümerhypothek erworben, sondern sie kann als erloschene Hypothek nur gelöscht werden. Daraus folgt aber nicht, daß die Entscheidung des Berufungsgerichts, wodurch die Beklagte als Kautionsgläubigerin zur Bewilligung der Löschung der Kautionshypothek verurteilt ist, der Aufhebung unterliegt. Denn diese Entscheidung ist richtig, mag der Konkursverwalter an Stelle des Gemeinschuldners die Löschungsbewilligung verlangen, weil der Gemeinschuldner als Eigentümer des Pfandgrundstückes die Hypothek erworben habe, oder weil die Hypothek erloschen sei. Denn nach dem bisherigen Rechte konnte der Eigentümer aus dem letzteren Grunde mit der Eigentumsfreiheitsklage von dem Kautionsgläubiger die Erteilung der Löschungsbewilligung verlangen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 18 S. 265, Bd. 38 S. 246; Preuß. Just.-Min.-Bl. 1887 S. 182; Jurist. Wochenschr. 1897 S. 236 Nr. 42.

Und diese Befugnis ist ihm durch die neue Gesetzgebung nicht genommen, vielmehr im § 894 B.G.B., wenn auch aus anderem Gesichtspunkte, ausdrücklich anerkannt.

Der getroffenen Entscheidung kann nicht entgegengestellt werden, daß das Reichsgericht wiederholt (Entsch. dess. in Civils. Bd. 48 S. 48, Urteil vom 31. Mai 1902 in Sachen P. g. H. Rep. V. 98/02) ausgesprochen hat, eine nicht valutierte Hypothek gehöre zu den bestehenden Pfandrechten im Sinne des Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. und sei deshalb beim Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts zu einer

Eigentümergrundschuld geworden. Denn bei diesen Entscheidungen handelte es sich um eine gewöhnliche Hypothek, während hier eine Kautionshypothek in Frage steht, und deshalb trat insofern ein anderer Erfolg ein, als die mangels einer Forderung unwirksame Hypothek durch nachträgliche Valutierung oder Unterlegung einer anderen Forderung vollwirksam werden konnte, während dies bei der Kautionshypothek Nr. 24 ausgeschlossen ist und daher ein Vorrücken der nacheingetragenen Berechtigten stattfindet." ...

---

17. Ist nach § 12 des Gesetzes über das Telegraphenwesen vom 6. April 1892 der Unternehmer der späteren elektrischen Anlage verpflichtet, auch die Kosten der Unterhaltung der an der älteren elektrischen Anlage getroffenen Schutzeinrichtungen zu tragen? Ist eine negatorische Klage auf Ersatz derartiger Kosten zuzulassen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 23. Juni 1902 i. S. Oberschlesische Dampfstraßenbahngesellschaft (Bekl.) w. preuß. Bergfiskus (Kl.). Rep. VI. 114/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger verband im Jahre 1893 seine Verwaltungsgebäude zu Zabrze mit den in der Nähe befindlichen Schachtanlagen durch eine Fernsprechleitung, welche über die Chaussee nach Gleiwitz führte. Auf derselben Chaussee betrieb die Beklagte eine Straßenbahn. Als die Beklagte auf dieser Bahn im Jahre 1899 anstatt des bisherigen Dampfbetriebes den elektrischen Betrieb einführte, stellten sich bei der Fernsprechanlage Störungen ein. Zur Abhilfe ließ der Kläger nach Einvernehmen mit der Beklagten durch die Oberpostdirektion seine Leitung in Doppelleitungen unter Einführung des Schleifenbetriebes umbauen. Nach Ausführung der Änderungen weigerte sich die Beklagte, außer den Anlagekosten von 3500 ℳ auch noch die laufenden Unterhaltungskosten zu ersetzen. Kläger berechnete die Mehrkosten der Unterhaltung der neuen Anlage auf jährlich 323,70 ℳ und klagte auf Erstattung dieses Betrages für das erste Jahr. Beklagte erhob

Widerklage auf Feststellung dahin, daß sie nicht verpflichtet sei, den Mehrbetrag an laufenden Unterhaltungskosten zu erstatten. Das Landgericht wies die Klage ab und erkannte entsprechend der Widerklage. Das Kammergericht gab der Klage (dem Grunde nach) statt und wies die Widerklage ab. Auf Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben und in der Sache selbst die Berufung des Klägers zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Der Kläger stützt seinen Anspruch in erster Linie auf § 12 des Telegraphengesetzes vom 6. April 1892, weiterhin auf allgemeine Rechtsgrundsätze (negatorische Klage wegen Immission), in letzter Linie auf das vertragsmäßige Abkommen. Der erste Richter hat von diesen Klagegründen keinen für zutreffend erachtet, insbesondere angenommen, daß der § 12 des Gesetzes vom 6. April 1892 dem Unternehmer der späteren Anlage die Kostenpflicht nur bezüglich der einmaligen Ausführung der erforderlichen Abänderung, nicht aber bezüglich der dadurch entstehenden Unterhaltungskosten auferlege. Der Berufungsrichter folgt der gegenteiligen Auslegung des Gesetzes. Mit der Bestimmung des § 12 sei dem Eigentümer der älteren Anlage ein Recht auf möglichste Beseitigung der Störungen gegeben und der Eigentümer der späteren Anlage zur Tragung der Kosten für die zur Beseitigung der Störungen erforderlichen Anlagen für verpflichtet erklärt; das heiße: zur Tragung nicht nur eines Teiles dieser Kosten, sondern der gesamten Kosten, und dazu gehörten neben den Kosten der Ausführung auch die Kosten der Unterhaltung. Wollte man — wird erwogen — mit Rücksicht auf den Wortlaut des Gesetzes hier eine Einschränkung machen, so würde gegenüber dem grundsätzlichen Standpunkte des Gesetzes dem Eigentümer der älteren Anlage es nicht versagt werden können, im Interesse der möglichsten Vermeidung von Reparaturkosten die eine Leitung von der anderen möglichst unabhängig zu gestalten, und zwar auch dann, wenn dadurch die Kosten der Herrichtung der ersten Anlage ganz unverhältnismäßig gesteigert würden. Für den vorliegenden Fall würde daraus folgen, daß die Beklagte der Umänderung der Anlage in eine doppeladerige Kabelleitung nicht hätte widersprechen können, auch wenn diese einen um das Doppelte gesteigerten Kostenaufwand erfordert hätte. Das könne nicht die Absicht des Gesetzes sein. Dafür bieten nach Ansicht des

Berufungsgerichtes weder der Wortlaut des Gesetzes noch die Materialien einen Anhalt. Das Gesetz, welches sich auch nicht als ein Ausnahmegesetz bezeichnen lasse, wolle dem Grundsatze „prior tempore, potior jure“ Anerkennung verschaffen, und dieser Zweck fordere, daß der Berechtigte unter billiger Berücksichtigung auch der Interessen des Verpflichteten nach billigem Ermessen zu verfahren habe, daß ihm in diesem Falle aber auch Ersatz seiner Auslagen zu gewähren sei, gleichviel, ob sie in Kosten der Anlage oder der Unterhaltung beständen. Sachgemäß aber sei, wie an der Hand des Sachverständigengutachtens ausgeführt wird, der Kläger verfahren. Das Berufungsgericht ist der Überzeugung, daß die Anlage einer Kabel- oder einer gemischten Leitung wegen der damit verbundenen sehr erheblich höheren einmaligen Kosten weder den Interessen noch auch nur dem eigenen Wunsche der Beklagten entsprochen haben würde, die sich vielmehr mit der Anlage der Doppelleitung mit Schleifenbetrieb ausdrücklich einverstanden erklärt habe. . . .

Die Revision rügt rechtsirrtümliche Auslegung des § 12 des Reichsgesetzes über das Telegraphenwesen vom 6. April 1892. In demselben werde nur über die Art der Ausführung der Anlage bezw. Änderung einer solchen Bestimmung getroffen. Mit der von dem Berufungsgericht angenommenen Verpflichtung bezüglich der Kosten der Unterhaltung werde dem Eigentümer der späteren Anlage eine dauernde, unter Umständen sehr erhebliche Last auferlegt, ohne daß im Gesetze irgend eine entsprechende Bestimmung enthalten oder dort der Unterhaltungskosten auch nur Erwähnung getan wäre. Um die Frage, ob bei der entgegengesetzten Auffassung dem Eigentümer der älteren Anlage sehr kostspielige Änderungen gestattet werden müßten, handle es sich hier nicht, und der angeführte Grund könne keinesfalls dazu führen, den Eigentümer der neuen Anlage ohne gesetzlichen Grund mit einer dauernden Verpflichtung zu belasten. Die Revision beruft sich für ihre Auffassung auf das Urteil des erkennenden Senats vom 9. Januar 1902 in Sachen der Straßeneisenbahngesellschaft zu Hamburg gegen den Reichspostfiskus, Rep. VI. 319/01 (Entsch. des R.G.'s Bd. 50 S. 83 flg.).

Nun lag bei jener früheren Entscheidung der Fall allerdings anders als hier. Dort handelte es sich um die Frage, ob die spätere elektrische Anlage, nachdem der Vorschrift des § 12 des Telegraphen-

gesetzes gemäß Schutzvorkehrungen getroffen waren, auch weiterhin diejenigen Kosten zu tragen habe, welche durch Anbringung verbesserter Einrichtungen bei fortschreitender Technik erwachsen. Im gegenwärtigen Fall betrifft der Streit die Erstattungspflicht bezüglich der laufenden Kosten (oder Mehrkosten) der Unterhaltung einer angebrachten, in gleicher Gestalt fortbestehenden Schutzeinrichtung. Indes ist für die eine wie für die andere Frage die Auslegung der vorgenannten Gesetzesbestimmung in gleicher Richtung entscheidend; prinzipiell ist die Frage, ob die im § 12 dem Unternehmer der später errichteten oder später veränderten Anlage auferlegte Kostenpflicht auf die Kosten der (einmaligen) Ausführung der betreffenden Anlage bezw. Änderung zu beschränken sei, oder ob der gesamte auch während des weiteren Betriebes für Schutz und Selbstschutz der ältern Anlage entstehende Aufwand dauernd der spätern Anlage zur Last falle. An der Auslegung des Gesetzes in dem ersteren Sinn, für welchen sich der Senat in jenem frühern Falle entschieden hat, ist auch jetzt festzuhalten. Für dieselbe spricht, wie in dem erwähnten Urteil näher ausgeführt ist, vor allem der Wortlaut des Gesetzes selbst, wonach die in Betracht stehenden elektrischen Anlagen auf Kosten des schutzpflichtigen Teils in der näher bestimmten Weise „auszuführen" sind.

Von den Kosten der Unterhaltung (der Anlagen oder Schutzeinrichtungen) ist im Gesetze nicht die Rede. Auch aus der Entstehungsgeschichte der Gesetzesvorschrift, den Verhandlungen der Reichstagskommission und des Reichstages über den vielseitig erörterten § 7a, ergibt sich kein Anhalt dafür, daß dem Unternehmer der spätern Anlage die Unterhaltungskosten bezüglich der an der ältern Anlage zu treffenden Schutzeinrichtungen hätten auferlegt werden sollen. Wäre dies beabsichtigt gewesen, so würde es doch wohl besonders zum Ausdruck gebracht worden sein. Die Erstreckung der Kostenpflicht auf die fraglichen Unterhaltungskosten läßt sich auch nicht aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes begründen. Der in § 12 des Telegraphengesetzes aufgestellte Grundsatz, wonach bei Kollision von jüngern elektrischen Anlagen mit ältern den erstern die Kosten des Schutzes insoweit zur Last fallen, als solche nötig sind, um den ungestörten Betrieb der ältern Anlage zu sichern, enthält an sich ein Privileg der ältern Anlage, eine Berücksichtigung der Priorität, wie

sie sich aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht ohne weiteres verstanden haben würde. Das Vorrecht der ältern Anlage darf aber gerade darum nicht über die ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes hinaus erstreckt werden. Der Schutzberechtigung älterer Anlagen ist durch die in § 12 a. a. O. wegen der Kosten der Ausführung von Anlagen und Änderungen getroffene Bestimmung in weitem Umfange Rechnung getragen; zum Vergleiche hiermit mag auf die nach mehrfacher Richtung einschränkenden Vorschriften des Telegraphen-Wegegesetzes vom 18. Dezember 1899 hingewiesen werden.

S. § 5 Abss. 1—4. § 6 Abss. 1, 2, 3, 5, 6 dieses Gesetzes, Verhandlungen des Reichstags, X. Legislaturperiode 1. Session 1898/1900, Aktenstücke Nr. 170. Nr. 498 (S. 2630 flg.), Stenographische Berichte S. 1770 flg.

Dahin aber, daß der ältern Anlage die gesamten Nachteile, welche ihr aus der Konkurrenz der jüngern erwachsen können, von dem Unternehmer der letztern vergütet werden müßten, führt auch das Prinzip des § 12 des Telegraphengesetzes nicht. Derselbe statuiert nicht allgemein eine Schadensersatzpflicht, für welche es gegenüber einem an sich erlaubten und nicht rechtswidrigen Unternehmen auch an einem Rechtsgrunde gefehlt hätte. Durch die positive Gesetzesvorschrift ist vielmehr die Kostenfrage für das Verhältnis zwischen den konkurrierenden Anlagen in bestimmter Weise, soweit es die der ältern Anlage verliehene Schutzberechtigung zu erfordern schien, geregelt. Und diese Kostenpflicht muß in Ansehung der erforderlichen Schutzvorkehrungen mangels einer weitergehenden gesetzlichen Bestimmung auf die Kosten, welche durch die Herstellung solcher Vorkehrungen erwachsen, beschränkt bleiben. — Die gegenteilige Auffassung, wonach dem Unternehmer der jüngern Anlage die dauernde Last der für die Unterhaltung von Schutzeinrichtungen an der ältern Anlage erforderlichen Kosten oder Mehrkosten aufgebürdet würde, ist auch durch das von dem Berufungsrichter aus der Möglichkeit eines gesteigerten Aufwandes für die einmalige Anlage entnommene Argument nicht zu rechtfertigen. Ob der Unternehmer der schutzpflichtigen Anlage gehalten wäre, dem andern Teile den Aufwand für eine der einmaligen Ausführung nach kostspieligere Schutzeinrichtung zu erstatten, wenn eine andere, gleich wirksamen Schutz gewährende Vorkehrung mit geringern Kosten ausgeführt werden konnte, ob der In-

haber der ältern Anlage berechtigt sei, mit Rücksicht auf die Ersparung von künftigen Unterhaltungskosten ein in der erstmaligen Herstellung teureres, bezüglich der Unterhaltung aber billigeres Schutzmittel auf Kosten des andern Teils anzubringen, — das braucht grundsätzlich hier nicht entschieden zu werden. Die Konsequenzen, welche sich in dieser Richtung an die Entscheidung solcher Fragen knüpfen mögen, berechtigen keinesfalls zu einem bestimmten Rückschluß auf die Absicht des Gesetzgebers. Gerade für den gegenwärtigen Fall aber läßt sich der von dem Berufungsgerichte aufgestellte Gesichtspunkt nicht verwerten. Nach den Feststellungen des Berufungsurteils ist vorliegend im Einverständnisse beider Parteien die Einrichtung einer oberirdischen Doppelleitung mit Schleifenbetrieb angewendet worden. Die Kosten der Ausführung dieser Anlage fallen der Beklagten zur Last, und der Kläger kann ihr nicht weitergehende Kosten aus dem Grunde aufbürden, weil eine andere (reine Kabelleitung oder gemischte) Leitung noch höhere Anlagekosten verursacht hätte, welche auf solche Weise der Beklagten erspart geblieben seien. Entscheidend ist nicht, was sonst etwa hätte ausgeführt werden können, sondern was in einer der gesetzlichen Vorschrift entsprechenden — und hier zwischen beiden Teilen vereinbarten — Weise ausgeführt worden ist; und es kann davon abgesehen werden, ob tatsächlich mit der oberirdischen Doppelleitung das billigste Mittel gewählt worden ist, ob nicht nach den von dem Sachverständigen angestellten Berechnungen, unter Berücksichtigung auch der Unterhaltungskosten, der Gesamtaufwand bei der sogenannten gemischten Leitung sich niedriger gestellt hätte. Ist von dem Kläger, wie das Berufungsgericht annimmt, in sachgemäßer Weise verfahren worden, so folgt daraus nur, daß er berechtigt war, die Kosten dieser Ausführung nach Maßgabe des Gesetzes von der Beklagten ersetzt zu verlangen.

Aus § 12 des Telegraphengesetzes ist daher der in der Klage erhobene Anspruch nicht zu begründen. Über die eventuell weiter geltend gemachten Klagegründe hat sich das Berufungsgericht nicht ausgesprochen; dieselben stellen sich jedoch ohne weiteres als hinfällig dar.

Wenn man auch in den Einwirkungen der einen elektrischen Anlage auf die andere (Induktionswirkungen oder Stromübergänge) eine „Immission" oder sonst einen störenden Eingriff in einen fremden

Eigentums- bezw. Rechtskreis sollte finden können, und wenn auch im übrigen die Voraussetzungen einer negatorischen Klage als zutreffend unterstellt würden, so kann doch von einem solchen Anspruch hier keine Rede sein. Die störende Einwirkung selbst ist schon im Jahre 1899, soweit das überhaupt möglich und geboten war, beseitigt worden. Für einen Anspruch auf Schadensersatz zumal, der aus allgemeinen Rechtsgrundsätzen, sei es den bisherigen des diesfalls maßgebenden preußischen Allgemeinen Landrechts, sei es des Bürgerlichen Gesetzbuches oder etwa aus § 26 der Reichsgewerbeordnung abgeleitet werden sollte, ist neben dem § 12 des Telegraphengesetzes kein Raum übrig.

Die Rechtsverhältnisse konkurrierender elektrischer Anlagen sind hinsichtlich der gegenseitigen Einwirkungen in bestimmter Richtung sondergesetzlich und insoweit ausschließend geregelt. Wenn bei einer elektrischen Neuanlage von dem Unternehmer der Vorschrift in § 12 des Telegraphengesetzes vollständig genügt worden ist, so kann der Inhaber der bestehenden Anlage nicht noch Entschädigungsansprüche geltend machen, welche über den Umfang der dort gesetzlich begrenzten Kostenpflicht hinausgingen. Es würde hierzu schon an der Voraussetzung eines rechtswidrigen Eingriffes fehlen." . . . (Folgt die Zurückweisung auch des weiteren Klagegrundes einer vertragsmäßigen Übernahme der streitigen Unterhaltungskosten seitens der Beklagten.)

---

18. 1. Ist die Aufsichtspflicht des Lehrherrn über den Lehrling auf dessen Verhalten im Betriebe des Gewerbes beschränkt?
2. Ist die Aufsichtspflicht über Minderjährige von der Aufsichtsbedürftigkeit des einzelnen bedingt?
3. Umfang der Aufsichtspflicht.

VI. Civilsenat. Urt. v. 23. Juni 1902 i. S. Sch. (Bekl.) w. J. (Kl.). Rep. VI. 116/02.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Am 1. Juli 1900 wurde der am 1. März 1886 geborene Sohn des Klägers, F. J., dadurch schwer verletzt, daß der damals neunzehn Jahre alte Bruder des Beklagten, E. Sch., auf ersteren im Scherz ein Tesching anlegte und losdrückte, das Gewehr sich entlud, und die Kugel diesem in den Hinterkopf drang. Beide, F. J. und E. Sch., standen damals als Lehrlinge im Dienste des Beklagten, bei dem sie auch Wohnung und Unterhalt erhielten. Der Vater des Verletzten machte den Beklagten als Lehrherrn wegen Vernachlässigung der ihm obliegenden Aufsichtspflicht auf Grund des § 832 B.G.B. für den eingetretenen Schaden verantwortlich.

Auf die von jenem erhobene Klage wurde der Beklagte vom Landgerichte verurteilt, 1. dem minderjährigen F. J. allen vermögensrechtlichen, wie auch nicht vermögensrechtlichen Schaden, der demselben infolge seiner Verletzung seitens des E. Sch. am 1. Juli 1900 schon erwachsen sei und in Zukunft noch erwachsen werde, zu ersetzen, und 2. demgemäß an F. J. für die Zeit vom 12. September 1900 bis vorläufig zum 12. April 1903 oder bis zum Eintritte seiner früheren vollständigen Genesung und Erwerbsfähigkeit eine Geldrente von 45 ℳ monatlich zu zahlen ꝛc. ꝛc. Auf die Berufung des Beklagten wurde vom Oberlandesgerichte zunächst der Klaganspruch dem Grunde nach festgestellt. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht erachtet gemäß §§ 127 und 127a Gew.-O. eine sich über das Arbeitsverhältnis hinaus erstreckende Aufsichtspflicht des Lehrherrn über den Lehrling für begründet. Somit sei der Lehrherr kraft Gesetzes zur Führung der Aufsicht über den Lehrling verpflichtet, und dieser wiederum gehöre zu den Personen, die wegen Minderjährigkeit der Beaufsichtigung bedürften, nicht bloß in eignem Interesse, sondern auch um Beschädigungen Dritter durch sie zu verhüten. Wenn E. Sch. auch der festen Überzeugung gewesen, das Tesching sei nur mit einem leeren Zündhütchen geladen, so sei seine Handlung doch überaus leichtfertig gewesen. Das Berufungsgericht erachtet hiernach gegen E. Sch. den Tatbestand eines Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung im Sinne des § 230 und einer Übertretung im Sinne des § 367 Ziff. 8 St.G.B. für begründet. Hiernach habe E. Sch. den Körper und die Gesundheit des F. J.

widerrechtlich verletzt (§ 823 B.G.B.). Der Beklagte aber sei somit als Lehrherr des E. Sch. zum Ersatze des dem F. J. zugefügten Schadens nach § 832 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. verpflichtet. Eine Behauptung dahin, daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden wäre, habe der Beklagte nicht aufgestellt. Auf Grund der Ergebnisse der Beweiserhebung nimmt das Berufungsgericht an, der Beklagte habe schon vor der Verletzung des F. J. Kenntnis gehabt, daß das Tesching E. Sch. zur Benutzung zugänglich gewesen sei. Ob er auch gewußt, daß E. Sch. das Tesching eigentümlich erworben, könne dahingestellt bleiben. Habe er es gewußt, so hätte er es ihm wegnehmen sollen. Habe er es nicht gewußt, so hätte er Vorsorge treffen sollen, daß es den Lehrlingen nicht erreichbar gewesen wäre. Er hätte den Gesellen M. anweisen sollen, das Tesching zu verschließen, oder andere Maßregeln anordnen sollen, die denselben Erfolg gehabt hätten; Satz 1 des Abs. 1 im § 832 B.G.B. finde daher gegen den Beklagten Anwendung.

Die Revision macht geltend, der Beklagte habe als Lehrherr nicht die Rechte der elterlichen Gewalt und der daraus sich ergebenden Sorge für die Person des Lehrlings nach § 1631 B.G.B. gehabt. Sein Recht der väterlichen Zucht habe sich nur auf seine Obliegenheiten gemäß § 126 Gew.-O. bezogen. Einer besondern Aufsicht wegen der Minderjährigkeit des E. Sch. in der Handhabung des Teschings habe es nicht bedurft, da dieser damals bereits im 20. Lebensjahre gestanden. Daß er in Bezug auf seine Arbeitsamkeit, gute Sitten und Solidität seines Lebenswandels zu einer besondern Beaufsichtigung Veranlassung gegeben, sei nicht festgestellt; ebensowenig, daß er wegen seines geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedurft habe. Hiernach lägen die Voraussetzungen des § 832 Abs. 1 B.G.B. nicht vor. Daß der Beklagte nicht bewiesen habe, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt habe, sei nicht genügend begründet....

Die Revision konnte nicht als begründet erachtet werden.

Den Revisionsangriffen liegt zunächst die unrichtige Auffassung zu grunde, das Recht der väterlichen Zucht des Lehrherrn beziehe sich nur auf seine Obliegenheiten gemäß § 126 Gew.-O. (in der Fassung des Gesetzes vom 1. Juli 1883, — in den spätern Redaktionen § 127), und die Frage der Aufsichtsbedürftigkeit als Voraussetzung der Aufsichtspflicht und der durch sie begründeten Verant-

wortlichkeit sei nach der Individualität des einzelnen zu entscheiden. Der § 710 des I. Entwurfes hatte ohne Regelung der Aufsichtspflicht eine allgemeine Haftbarkeit für die Versäumung jeder Aufsichtspflicht bestimmt. In der II. Kommission wurde die Haftung beschränkt auf die Versäumung der gesetzlichen Aufsichtspflicht über eine Person, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf. Man fand den Entwurf darin zu weitgehend, daß er bei der Frage, inwieweit der durch das Gesetz zu Aufsicht Verpflichtete für die von dem Beaufsichtigten einem Dritten zugefügten Schäden die Verantwortung trage, nicht unterscheide, ob die Aufsichtspflicht bestimmt sei, Beschädigungen solcher Art vorzubeugen, oder ob sie andern Zwecken dienen solle. „Die minderjährigen und die ihnen wegen geistiger oder körperlicher Mängel gleichgestellten Personen seien wegen ihres Zustandes, der in ihrem eignen Interesse die Aufsicht über sie notwendig mache, gefährlich. Die Aufsichtsführung müsse sich daher auch darauf erstrecken, daß den Gefahren vorgebeugt werde, die von dem zu Beaufsichtigenden andern drohten, die sich nicht um ihn zu bekümmern hätten. Die Aufsicht über Volljährige dagegen, wie sie im Heeresdienst, im Staat und in der Kirche, im Verhältnisse des Vorgesetzten zu den Untergebenen, im Hauswesen, im Verhältnisse des Dienstherrn zu dem Gesinde stattfinde, habe nicht den Zweck, Dritte vor Beschädigungen zu schützen, sondern diene andern Interessen.

Vgl. I. Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches § 710; Motive Bd. 2 S. 734; Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Bürgerlichen Gesetzbuches Bd. 2 S. 594; Mugdan, Materialien Bd. 2 S. 1088.

In gleichem Sinne ist in der Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches bemerkt, eine Haftung für fremde Handlungen aus der Aufsichtspflicht sei nur dann gerechtfertigt, wenn die Aufsichtspflicht den Zweck habe, Beschädigungen Dritter durch die der Aufsicht unterworfenen Personen zu verhüten. Diese Voraussetzung treffe zu bei der gesetzlichen Pflicht zur Beaufsichtigung der Personen, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedurften.

Vgl. Denkschrift zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches S. 650, Ausg. Guttentag S. 102.

Die in § 832 B.G.B. übergegangene Fassung des in der II. Kommission gestellten Antrages: „Wer kraft des Gesetzes zur Führung der Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die wegen Minderjährigkeit oder wegen ihres geistigen oder körperlichen Zustandes der Beaufsichtigung bedarf", enthält somit nicht bloß die Norm, daß der Minderjährige als ein zur Verhütung von Beschädigungen Dritter zu Beaufsichtigender zu erachten ist, sondern auch den Grund der Norm, „weil er der Beaufsichtigung bedarf". Für die Norm selbst erscheint somit hinsichtlich des Minderjährigen der Beisatz „die der Beaufsichtigung bedarf" überflüssig.

Diesem Beisatze darf somit nicht die Deutung gegeben werden, das Gesetz unterscheide zwischen Minderjährigen, die der Beaufsichtigung bedürfen, und solchen, die ihrer nicht bedürfen. Es kann daher aus ihm auch nicht die Folgerung gezogen werden, die Inanspruchnahme des Aufsichtspflichtigen sei zunächst von dem Nachweise bedingt, daß der zu beaufsichtigende Minderjährige zu der Kategorie von Minderjährigen gehöre, die der Aufsicht bedürfen. Dem Gesetze ist diese Unterscheidung fremd. Aufsichtsrecht und Aufsichtspflicht über den Minderjährigen bestehen wegen seines Zustandes, weil er eben minderjährig ist. Art und Maß der Aufsicht gestaltet sich selbstverständlich in hohem Grade verschieden je nach dem Alter, den Anlagen und Eigenschaften, der Entwicklung und Ausbildung, kurz nach der Individualität des Minderjährigen. Der Umstand, daß der Minderjährige auch aus andern Gründen, wie bei einem Lehrverhältnisse, unter Aufsicht steht, ändert daran nichts, daß er schon wegen seiner Minderjährigkeit als Aufsichtsbedürftiger im Sinne des § 832 B.G.B. zu erachten ist. Das Bürgerliche Gesetzbuch erschöpft nicht die Fälle der Aufsichtspflicht, in denen gesetzliche Bestimmungen hinsichtlich der Frage der Verantwortlichkeit des Aufsichtspflichtigen für Handlungen des der Aufsicht Unterworfenen die gleichen Zwecke verfolgen, wie die im Bürgerlichen Gesetzbuche geordnete Aufsichtspflicht der Eltern, des Vormundes, des Pflegers.

Gemäß des am 1. April 1898 in Kraft getretenen § 127 des Gesetzes, betr. die Abänderung der Gewerbeordnung, vom 26. Juli 1897 hat der Lehrherr den Lehrling zur Arbeitsamkeit und zu guten Sitten anzuhalten und vor Ausschweifungen zu bewahren. Gemäß des gleichfalls in der Fassung des Gesetzes vom 26. Juli 1897 zur

Zeit des Unfalls in Geltung gewesenen § 127a ist der Lehrling der väterlichen Zucht des Lehrherrn unterworfen. Diese in unveränderter Fassung in den durch Gesetz vom 26. Juli 1900 bekannt gemachten Text der Gewerbeordnung übergegangenen, im wesentlichen schon in der Gewerbeordnung von 1869 (§§ 118. 119) enthaltenen Bestimmungen begründen ein Erziehungsverhältnis, ein Erziehungsrecht und eine Erziehungspflicht des Lehrherrn.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Strafs. Bd. 27 S. 132. 133.

Die Pflicht der Sorge für die sittliche Erziehung des Lehrlings greift dem Sinne und dem Zwecke dieser Aufgabe gemäß über das eigentliche Arbeitsverhältnis hinaus und begründet die Verpflichtung des Lehrherrn, sich auch um das Verhalten des Lehrlings außerhalb des Betriebs zu kümmern.

Vgl. v. Landmann-Rohmer, Die Gewerbeordnung für das Deutsche Reich, 3. Aufl. Bd. 2 S. 229 Bem. 6.

Im Einklange steht hiermit die durch Gesetz vom 1. Juni 1891 eingefügte Bestimmung des § 134b Abs. 3 Gew.-O., wonach in die Fabrikarbeitsordnung auch Vorschriften über das Verhalten minderjähriger Arbeiter außerhalb des Betriebes aufgenommen werden können.

Vgl. v. Landmann-Rohmer, a. a. O. S. 290 Bem. 13.

Die Aufsichtspflicht des Lehrherrn über den minderjährigen Lehrling im Sinne und mit der Wirkung des § 832 B.G.B. ist daher keineswegs, wie Nöldeke in den Beiträgen zur Erl. des deutschen Rechtes Bd. 41 S. 783 ausführt, davon bedingt, daß der Lehrling auch in Kost und Pflege des Lehrherrn steht.

Vgl. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 2 § 832 Bem. 1; Örtmann, Das Recht der Schuldverhältnisse zu § 832; Fischer-Henle, Bürgerliches Gesetzbuch zu § 832 4. Aufl.

Allerdings kann über den minderjährigen Lehrling zu verschiedenen Zeiten und Gelegenheiten ein verschiedener Aufsichtspflichtiger die Aufsicht zu führen haben, der Vater, die mit elterlicher Gewalt bekleidete Mutter, der Vormund, der Lehrherr. Je nach den konkreten Umständen wird sich entscheiden, wer als der zur Aufsicht Berufene erscheint, und wer demgemäß auch die Verantwortung zu tragen hat. Der Umfang der Aufsichtspflicht bleibt aber der gleiche, insoweit nur das Aufsichtsbedürfnis des Minderjährigen in Frage kommt.

Wie aus dem Tatbestande der ersten Instanz zu entnehmen ist, befand sich übrigens E. Sch. zur Zeit der Tat in Wohnung und Unterhalt des Beklagten. Festgestellt ist ferner, daß das Tesching E. Sch. im Hause des Beklagten zugänglich war. Außer Frage steht, daß die Tat im Hause des Beklagten begangen wurde. Gemäß der Aufsichtspflicht des Beklagten als Lehrherrn ist somit die Ersatzpflicht begründet, von der er sich nur durch den Nachweis befreit, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt habe, oder daß der Schaden auch bei gehöriger Aufsichtsführung entstanden sein würde.

Hinsichtlich der zweiten Alternative ist eine Behauptung nicht aufgestellt.

Für die Frage, ob er seiner Aufsichtspflicht genügt habe, erscheint zunächst maßgebend, ob und in welchem Umfange er von gefährdenden Umständen Kenntnis hatte oder sich Kenntnis verschaffen konnte, und ob er eine Vorsorge getroffen, die er nach der Kenntnis, die er erlangen konnte, gemäß menschlicher Voraussicht und gemeiner Erfahrung für ausreichend halten konnte.

Was seine Kenntnis betrifft, so stellt das Berufungsgericht fest, er habe jedenfalls gewußt, daß das Tesching dem E. Sch. zur Benutzung zugänglich, und daß mit demselben geschossen worden sei. Des weiteren ist festgestellt, daß ein Nachbar über das Schießen sich beklagt, und die Ehefrau des Beklagten ihn mehrfach gemahnt habe, er solle dem E. das verdammte Ding, das Tesching, wegnehmen. Hieraus ergibt sich, daß E. das Tesching benutzte, und daß von dem Gewehr ein Gebrauch gemacht wurde, der Ärger und Beängstigung hervorrief.

Selbst wo keine polizeilichen Vorschriften bestehen, die unselbständigen und insbesondere minderjährigen Personen die Führung von Schußwaffen verbieten, wird der Aufsichtspflichtige einem Minderjährigen die Führung einer Schußwaffe nur dann gestatten können, wenn er sich von der Besonnenheit und dem Geschick und Verständnis desselben überzeugt hat, oder wenn er in der Lage ist, den Gebrauch selbständig überwachen zu können. Der Beklagte vermag zu seiner Entschuldigung lediglich anzuführen, er habe auf die Beschwerde des Nachbars L. das Schießen auf seinem Grundstück verboten. Zuwiderhandlungen gegen das Verbot seien nicht zu seiner Kenntnis gelangt. Festgestellt ist in dieser Beziehung nur, L. habe sich beschwert, als

gerade der Geselle M., E. Sch. und W. Sch. auf dem Hofe des Beklagten gewesen. Der Beklagte habe vergebens zu ermitteln gesucht, wer geschossen habe, und habe den Dreien erklärt, wenn das Schießen nicht aufhöre, werde er das Tesching wegnehmen. Da ihm mit so geringer Offenheit begegnet worden, daß ihm nicht einmal gestanden wurde, wer geschossen habe, und Mahnungen seiner Frau die Besorgnis doch sehr nahe legen mußten, daß die jungen Leute mit dem Tesching Unfug trieben, genügte ein Verbot und eine Drohung nicht, von deren Wirksamkeit er nicht überzeugt sein konnte. Wäre er der Sache näher getreten, so hätte er erfahren, daß das Tesching E. Sch. gehörte, und hätte es sofort wegnehmen können. Hätte er dies nicht ermittelt, so hätten ihm auch gegen den Gesellen M. Mittel zur Verfügung gestanden, eine Überlassung des Tesching an E. Sch. für die Zukunft auszuschließen. Er hat aber auch in dieser Beziehung keine Anordnung getroffen.

Hiernach konnte nicht angenommen werden, daß der Beklagte den ihm obliegenden Nachweis, daß er seiner Aufsichtspflicht genügt, geliefert habe." ...

---

19. Zum Begriffe eines im Dienste erlittenen Betriebsunfalles.

Reichsgesetz, betr. die Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes infolge von Betriebsunfällen, vom 15. März 1886 § 1.

III. Civilsenat. Urt. v. 24. Juni 1902 i. S. K. (Kl.) w. Postfiskus (Bekl.). Rep. III. 83/02.

I. Landgericht Oldenburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Der Kläger war bei dem Kaiserlichen Postamte zu Osnabrück als Briefträger angestellt. Am 12. Mai 1898 erlitt er einen Unfall, als er nachmittags etwa um $5^1/_4$ Uhr nach Beendigung seines Bestellganges in den Straßen eines Stadtteiles sich zu seiner in der Rehmstraße gelegenen Wohnung begeben wollte, um seine durchnäßten Kleider zu wechseln und sich für seinen späteren Dienst zu stärken,

zu dem er um $6^1/_4$ Uhr auf dem Postamte sein mußte. Auf diesem Wege zu seiner Wohnung wurde er am Schloßwall um $5^1/_2$ Uhr vom Blitz getroffen. Hierdurch zog er sich ein nervöses Leiden zu, welches seine Dienstunfähigkeit und seine Versetzung in den Ruhestand zur Folge hatte.

Streitig ist die Frage, ob der dem Kläger zugestoßene Unfall als ein im Dienste erlittener Betriebsunfall im Sinne des Reichsgesetzes, betreffend die Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes infolge von Betriebsunfällen, vom 15. März 1886 anzusehen ist. Während das Landgericht angenommen hat, daß der Kläger zur Zeit des Unfalles nicht im Dienste gewesen sei, läßt das Berufungsgericht diese Frage unentschieden und verneint, daß ein Betriebsunfall vorliege, weil es an dem erforderlichen ursächlichen Zusammenhange zwischen dem Betriebe und dem Unfall fehle. Die Verletzung durch einen Blitzschlag könne mit dem Betriebe in einem solchen Zusammenhange stehen, wenn die Lage der Betriebsstätte oder die Beschaffenheit des Betriebes eine besondere Gefahr des Blitzschlages mit sich bringe. Die Gefahr, vom Blitze getroffen zu werden, könne aber als eine besondere, mit dem Dienste eines Briefträgers und mit dem Betriebe der Post verbundene nicht angesehen werden. Ein bloß zeitliches Zusammentreffen des Unfalles mit dem Betriebe genüge nicht.

Die Revision erscheint begründet.

Rechtsirrtümlich ist die Ansicht des Berufungsgerichts, daß es für den Begriff des Betriebsunfalls wesentlich sei, besondere eigentümliche Gefahren des Betriebes als Ursache seiner Entstehung darzutun. Das Gesetz erfordert nur, daß ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Betriebe und dem Unfalle besteht. Ein solcher Zusammenhang ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Verletzte bei Gelegenheit seiner Tätigkeit im Betriebe vom Blitze getroffen wurde und durch diese Tätigkeit der Blitzgefahr in erhöhtem Maße ausgesetzt war. Auf Grund dieses Gesichtspunktes hat das Reichsversicherungsamt in Fällen, in denen der Arbeiter bei seiner Beschäftigung auf einer erhöhten freiliegenden Stelle oder an einem vereinzelt im Felde gelegenen Gebäude vom Blitze getroffen wurde, einen Betriebsunfall angenommen. (Amtliche Nachr. 1887 S. 132, 1889 S. 351.) Derselbe Gesichtspunkt greift Platz bei Unfällen durch Blitzschlag, von welchen landwirtschaftliche Arbeiter auf freiem

Felde betroffen werden (Entsch. des K. Bayr. L.V.A. vom 28./5. 90, Handbuch der Unfallversicherung 1. Aufl. — 1892 — S. 450 Ziff. 3). Aber auch der Stadtbriefträger ist bei Ausübung seiner Dienstgänge der Blitzgefahr in erhöhtem Maße ausgesetzt. Wenngleich eine erhöhte Gefahr im allgemeinen nicht bestehen mag, solange er sich auf seinen Dienstgängen in den Häusern seines Bestellbezirkes befindet, so ist doch zu berücksichtigen, daß ihn seine Gänge durch höhergelegene Stadtteile, über freie Plätze, in Gärten, städtische Parkanlagen und an andere Orte führen, die durch ihre Lage oder Beschaffenheit — z. B. durch die auf ihnen befindlichen hohen Bäume — den Blitz anzuziehen geeignet sind, und daß bei der langen Dauer der Dienstgänge die Gefahr sich steigert, schon wegen der Anziehungskraft, welche der menschliche Körper auf den Blitz ausübt. Daß andere Menschen, die nicht in dem Betriebe beschäftigt sind, in dieselbe gefahrvolle Lage kommen können, kann nicht entgegengehalten werden, weil der Arbeiter oder in Fällen der vorliegenden Art der Beamte durch ihre Berufstätigkeit genötigt sind, den Gefahren sich auszusetzen, während andere der Regel nach in der Lage sind, an geschütztem Orte sich aufzuhalten.

Nach diesen Grundsätzen ist im vorliegenden Falle der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Unfalle und dem Betriebe zu bejahen, wenn der Kläger sich zur Zeit des Unfalles in Ausübung seines Dienstes befand. Daß auch dieses gesetzliche Erfordernis vorliegt, muß nach dem festgestellten Sachverhältnisse angenommen werden. Es steht fest, daß der Kläger seine Bestellungen ausgeführt hat und dann, etwa um $5^1/_4$ Uhr, mit seiner Brieftasche versehen auf geradem Wege zu seiner Wohnung gegangen ist, um die freie Dienstpause bis zu dem späteren Dienstgange zu benutzen, seine durchnäßten Kleider zu wechseln und sich für den folgenden Dienstgang zu stärken. Mit der Abgabe des letzten Briefes kann die dienstliche Tätigkeit nicht unmittelbar als beendet angesehen werden. Es ist festgestellt, daß der Kläger in seiner Brieftasche einen Briefmarkenbestand bei sich führte, und daß es den Briefträgern untersagt ist, mit der Brieftasche in ein Wirtshaus zu gehen. Zur Beendigung des Dienstganges ist daher noch der Weg zu rechnen, den der Kläger entweder zu dem Postamte oder, da er die Dienstpause auch in seiner Wohnung verbringen durfte, bis zu seiner Wohnung zurücklegte. Der Kläger befand sich auf dem Wege zu seiner Wohnung

noch im Dienste und im Gefahrenbereiche des Betriebes, ebenso wie dies der Fall sein würde, wenn er sich nach Abgabe des letzten Briefes zum Postamt begeben und auf diesem Wege den Unfall erlitten hätte. Der Gang zur Wohnung diente auch insofern dem Interesse des Dienstes, als der Kläger bezweckte, sich für den folgenden Dienstgang zu stärken und vorzubereiten. Auch aus diesem Grunde muß angenommen werden, daß er sich auf diesem Gange noch in Ausübung seines Dienstes befand.

Hiernach unterliegt das angefochtene Urteil der Aufhebung wegen Gesetzesverletzung bei Anwendung des Gesetzes auf das festgestellte Sachverhältnis." ...

---

20. Zum Begriffe des Geschehenlassens im Sinne des § 43 A.L.R. I. 22.

VII. Civilsenat. Urt. v. 24. Juni 1902 i. S. preuß. Eisenbahnfiskus (Kl.) w. Pfarre zu Sch. u. Gen. (Bekl.). Rep. VII. 128/02.

I. Landgericht II Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Dem Eisenbahnfiskus steht in seiner Eigenschaft als Eigentümer des Bahnkörpers der Wannseebahn gegenüber mehreren in Sch. an das Eisenbahngelände anstoßenden Grundstücken eine Grunddienstbarkeit des Inhalts zu, daß der unmittelbar an der Bahn entlang laufende Teil jener Grundstücke in einer Breite von 3,77 Metern, d. i. die sog. Schadenrute, nicht bebaut werden darf. Als die Eigentümer mehrerer dieser Grundstücke trotzdem damit vorgingen, Bauten auf dem der Dienstbarkeit unterworfenen Teil der Grundstücke zu errichten und der dagegen von der zuständigen Eisenbahndirektion erhobene Einspruch von den beteiligten Grundbesitzern unbeachtet blieb, wandte sich die Eisenbahndirektion an die Pfarre zu Sch., die frühere Eigentümerin der dienenden Grundstücke, welche während der Zeit ihres Eigentumsbesitzes dem Fiskus die erwähnte Grunddienstbarkeit vertragsmäßig bestellt hatte, und suchte auf dem Wege der Geltendmachung des persönlichen Vertragsrechts durch die Pfarre die Einstellung der Neubauten zu erwirken. Erst als sich dies als vergeblich erwies und

die Bauten inzwischen vollendet waren, erhob der Fiskus gegen die Eigentümer der dienenden Grundstücke aus dem Dienstbarkeitsverhältnis, sowie gegen die Pfarre aus dem Vertragsverhältnis Klage auf Beseitigung der Bauten. Die Beklagten erzielten in der Berufungsinstanz die Abweisung der Klage auf Grund der Bestimmung des § 43 A.L.R. I. 22. Die gegen diese Entscheidung vom Fiskus eingelegte Revision ist erfolglos geblieben.

Aus den Gründen:

... „Was die Revision des Fiskus anlangt, so ist ... bezüglich der Auslegung des § 43 A.L.R. I. 22 hervorzuheben, daß der Verlust der Grundgerechtigkeit lediglich an den Tatbestand des „wissentlichen Geschehenlassens" geknüpft ist; es wird darüber hinaus nicht etwa noch ein besonderer Verzichtswille des Berechtigten erfordert. Er muß, das liegt in dem Begriff des „Geschehenlassens" eingeschlossen, in der Lage gewesen sein, die ihm bekannt gewordene Beeinträchtigung seiner Berechtigung zu hindern. Tut er dies dennoch nicht, mag es sein, aus welchen Gründen es will, so ist der Verlust eingetreten. Wenn der § 43 sagt, die Grundgerechtigkeit erlösche in diesem Falle durch „stillschweigende Einwilligung", so ist damit nur das gesetzgeberische Motiv für die getroffene Bestimmung angegeben; der Gesetzgeber nimmt an, daß in solchem Falle eine „stillschweigende Einwilligung" des Berechtigten in die Aufhebung seiner Dienstbarkeit vorhanden sei. Allein er hat sie damit nicht für den einzelnen Anwendungsfall zum Tatbestandsmerkmal erhoben; vielmehr gilt, zu weiterem kann man nicht gelangen, derjenige, der den Bau ꝛc wissentlich hat geschehen lassen, gesetzlich als einer, der stillschweigend in die Aufhebung der Dienstbarkeit gewilligt hat. Es kann hiernach, um das sogleich vorweg zu nehmen, das Argument der Revision des Fiskus nichts verschlagen, daß die Eisenbahndirektion einen Verzichtswillen nicht gehabt habe und gehabt haben könne, weil sie für den Fiskus nicht habe verzichten dürfen. Die Entscheidung hängt vielmehr lediglich davon ab, ob die Eisenbahndirektion den Bau der Häuser der Beklagten zu 7, 10 und 11 wissentlich hat „geschehen lassen".

In Bezug auf den Begriff des „Geschehenlassen" nahm das Obertribunal an, daß ein unbefolgtes Privatverbot nicht genüge, um die Anwendung des § 43 auszuschließen. Es vertrat den Standpunkt, daß der Berechtigte der Tat des anderen gegenüber sich nicht mit

dem bloßen Wort begnügen dürfe, und daß er, wenn er, nach eingelegter Verwahrung, die Hände in den Schoß lege und ruhig zusehe, wie der Eigentümer des dienenden Grundstücks Ernst mache und den Bau fortsetze, im Sinne des Gesetzes den Bau doch „geschehen lasse". Es verlangte daher, daß der Berechtigte, wenn seine private Verwahrung nicht beachtet werde, in Gestalt eines der Mittel, die das Gesetz zur Erhaltung der Besitzrechte an die Hand gäbe (Klage, gerichtlicher Protest, Selbsthilfe), „das Geeignete zum Schutz seines Rechtes tun müsse", um die Anwendung des § 43 zu verhindern.

Vgl. Striethorst, Archiv Bd. 33 S. 330, Bd. 55 S. 82.

Diesem Standpunkte hat sich das Reichsgericht im wesentlichen angeschlossen,

vgl. Gruchot, Beiträge Bd. 24 S. 483, Bd. 29 S. 823,

und hat in gleichbleibender Rechtsprechung,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 32 S. 189; Jurist. Wochenschr. 1901 S. 857 Nr. 53,

nur den Satz betont, es lasse sich allein durch Würdigung der Sachlage des einzelnen Falles beurteilen, ob der Berechtigte das Geeignete zum Schutze seines Rechtes getan habe; es sei also Sache des tatsächlichen Ermessens des Richters, ob anzunehmen sei, daß der Berechtigte durch sein Verhalten nach Erhebung des privaten Protestes den Bau im Sinne des Gesetzes habe geschehen lassen.

Würde dieser Grundsatz hier angewendet, so würde damit die Revision des Fiskus ohne weiteres fallen, da das tatsächliche Ermessen des Berufungsrichters in der Revisionsinstanz nicht nachzuprüfen ist. Man würde indes mit solcher Erwägung den Entscheidungsgrund des Berufungsrichters und das dagegen gerichtete Vorbringen des Fiskus nicht wohl treffen. Der Gedanke des Berufungsrichters ist der: allerdings sei der Fiskus nach Erhebung des Protestes noch tätig geworden; allein das, was er getan habe, sei nicht geschehen in dem Willen, das beanspruchte dingliche Recht den Grundstücksbesitzern gegenüber durchzusetzen, sondern in Verfolg eines dem Fiskus gegen die Pfarre vermeintlich zustehenden, auf dasselbe Ziel gerichteten persönlichen Anspruches. Die nach Ausscheidung des Tatsächlichen für die Beurteilung des Revisionsrichters übrig bleibende rechtliche Seite dieses Gedankens wird von der Revision des Fiskus vergeblich zum Gegenstand ihrer Angriffe gemacht. Sie meint, es komme nicht

darauf an, ob der Weg, den der Fiskus eingeschlagen habe, geeignet gewesen sei oder nicht, die Grundeigentümer an der Fortsetzung der Bauten zu hindern; jedenfalls stehe das Verhalten der Eisenbahndirektion der Annahme entgegen, daß sie auf die Wiederherstellung der Schadenrute den Grundstückseigentümern gegenüber habe verzichten wollen. Diese Ausführung und was noch weiter in gleichem Sinne von dem Fiskus vorgetragen worden ist, schlägt den Berufungsrichter nicht. Das Ziel, Verhinderung der begonnenen Bauten, konnte denkbarerweise sowohl auf Grund persönlichen als dinglichen Rechts erreicht werden. In scharf hervortretender Weise hat die Eisenbahndirektion nach Erhebung des schriftlichen Protestes während des Baues lediglich den Weg des persönlichen Rechts gegenüber der Pfarre verfolgt. Der § 43 a. a. O. handelt aber ausschließlich von dem dinglichen Recht; es gilt gesetzlich als einwilligend in dessen Beseitigung der Berechtigte, der dem Eigentümer des dienenden Grundstücks gegenüber sein dingliches Recht nicht schützt, und den Bau geschehen läßt, ohne auf Grund dieses Rechts dagegen weiter als nur durch ein unbefolgt gebliebenes Privatverbot einzuschreiten. Der Berufungsrichter sagt nicht, die Eisenbahndirektion habe den positiven Willen gehabt, auf das dingliche Recht zu verzichten; das würde, wie schon oben bemerkt, an sich auch belanglos sein, sondern sie habe darauf verzichtet, den Willen nicht beibehalten, ihr dingliches Recht den Grundbesitzern gegenüber (sc. während des Baues) durchzusetzen. Das genügt aber, um den § 43 zur Anwendung zu bringen; denn dann hat der Fiskus als Dienstbarkeitsberechtigter im Sinne des § 43 die Bauten „wissentlich geschehen lassen." ...

---

21. 1. Liegt eine Klagänderung vor, wenn in einem Anfechtungsprozesse der klagende Konkursverwalter, welcher in erster Instanz beantragt hatte, eine vom Gemeinschuldner bestellte Hypothek den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären und demgemäß den Beklagten zur Einwilligung in die Löschung derselben zu verurteilen, in der Berufungsinstanz an die Stelle des letzten Teiles des Antrages das Verlangen treten läßt, den Beklagten zu einer

dahin gehenden Einwilligung zu verurteilen, daß der Erlös aus der Zwangsversteigerung der verpfändeten Grundstücke an Stelle des Beklagten den Konkursgläubigern zugeteilt werde?
2. Erheblichkeit der Frage für die örtliche Zuständigkeit.
C.P.O. §§ 268. 24.
K.O. §§ 29. 37.

VII. Civilsenat. Urt. v. 24. Juni 1902 i. S. Pf. Konkursv. (Kl.) w. Gebr. M. (Bekl.). Rep. VII. 143/02.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Vom Verwalter im Pf.'schen Konkurse wurde eine Hypothek, die auf gewissen, außerhalb des Bezirkes des Prozeßgerichts belegenen Grundstücken des Gemeinschuldners eingetragen war, angefochten. In der Klageschrift war der Antrag angekündigt, die Beklagte zur Einwilligung in die Löschung zu verurteilen; Kläger beantragte aber in der Verhandlung, die Hypothek den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären und demgemäß die Beklagte zu verurteilen, in die Löschung derselben zu willigen. Die Beklagte machte die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit als verzögerliche Einrede geltend, indem sie das Gericht der belegenen Sache für ausschließlich zuständig hielt. Durch Urteil der ersten Instanz wurde die Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts abgewiesen. In der Berufungsinstanz gab Kläger die Erklärung ab, daß er an Stelle des letzten Teiles des in erster Instanz gestellten Antrags, wie derselbe auf Verurteilung der Beklagten zur Einwilligung in die Löschung der Hypothek gerichtet war, in Einschränkung des Klagebegehrens nur beantrage, die Beklagte zu verurteilen, einzuwilligen, daß der Erlös aus der Zwangsversteigerung der verpfändeten Grundstücke an Stelle der Beklagten den Konkursgläubigern zugeteilt werde. Die Berufung wurde zurückgewiesen. Auf Revision des Klägers hat das Reichsgericht die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit des Gerichtes zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter rechnet zu den Klagen, durch welche die Freiheit von einer dinglichen Belastung geltend gemacht wird, und für welche daher nach § 24 C.P.O., sofern es sich um unbewegliche

Sachen handelt, ausschließlich das Gericht der belegenen Sache zuständig ist, auch die Klage des Konkursverwalters auf Einwilligung in die Löschung einer nach den §§ 29 flg. K.O. von ihm angefochtenen Hypothek. Dem Umstande, daß der Kläger dem in der Klageschrift enthaltenen, als Gegenstand des Klageverlangens ausschließlich die Löschungsbewilligung bezeichnenden Antrage in der mündlichen Verhandlung erster Instanz eine Fassung gegeben hat, laut deren er die Hypothek den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären und demgemäß die Beklagte zur Löschungsbewilligung zu verurteilen bat, legt der Berufungsrichter Bedeutung nicht bei, er führt aus, das eigentliche Klagebegehren liege lediglich in dem Schlußsatze, nur hier werde ausgesprochen, was die Beklagte leisten, zu welcher Leistung sie verurteilt werden solle, im Verhältnis hierzu stelle sich der vorhergehende Satz „die Hypotheken für unwirksam zu erklären" (und demgemäß ꝛc) nur als ein Teil der Begründung des von dem Kläger geltend gemachten Anspruches dar.

In dem in der Berufungsinstanz gestellten Antrage, wie er sich von dem erstinstanzlichen dadurch unterscheidet, daß statt der im letzten Teile geforderten Löschungsbewilligung eine dahingehende Einwilligung gefordert wird, daß der Erlös aus der Zwangsversteigerung der verpfändeten Grundstücke an Stelle der Beklagten den Konkursgläubigern zugeteilt werde, findet der Berufungsrichter eine Klagänderung. Eine Änderung des Grundes der Klage nimmt er nicht an, wohl aber eine unter Nr. 2 und 3 des § 268 C.P.O. nicht fallende und deshalb nicht zulässige Änderung des Antrags, indem er im Verfolg seiner oben berührten Ausführung erwägt, es liege eine wesentliche Verschiedenheit der Anträge vor, der erstinstanzliche habe die unbeschränkte Freiheit der Grundstücke von der Hypothek zum Gegenstande, der jetzt substituierte dagegen enthalte den auf die Bestimmungen der Konkursordnung gegründeten Anfechtungsanspruch dahin, daß der auf die Hypothek fallende Teil des Kaufgeldes im Zwangsvollstreckungsverfahren der Konkursmasse zugewiesen wird, es handele sich also um zwei, hinsichtlich ihres rechtlichen Charakters und ihres Gegenstandes durchaus verschiedene Ansprüche.

Die Revision hält die Erwägungen des Berufungsrichters für rechtsirrtümlich. Soweit es sich um die Frage handelt, ob eine Klagänderung vorliegt, ist ihr zuzustimmen.

Daß der Grund der Klage derselbe geblieben ist, wird vom Berufungsrichter anerkannt und kann auch nicht in Zweifel gezogen werden. Dem zwischen dem Klagegrunde und dem Klagantrage bestehenden Zusammenhange sowie dem Zusammenhange der Teile des Antrags untereinander aber trägt der Berufungsrichter nicht genügend Rechnung. Die im Falle einer begründeten Anfechtung nach § 29 K.O. eintretende Unwirksamkeit der Rechtshandlung erhält ihren besonderen rechtlichen Charakter dadurch, daß sie nur gegenüber den Konkursgläubigern Platz greift, dritte grundsätzlich nicht berührt, also nur relativer Art ist. Gleichzeitig ist aber durch § 37 Abs. 1 K.O. der Inhalt der Verbindlichkeit des Beklagten dahin bestimmt, daß das durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Gemeinschuldners Veräußerte, Weggegebene oder Aufgegebene zur Konkursmasse zurückgewährt werden muß. Der Weg dazu bestimmt sich nach der Beschaffenheit der angefochtenen Rechtshandlung und der des den Gläubigern entzogenen Gutes, sowie nach der weiteren Entwicklung der Verhältnisse sowohl auf seiten des Erwerbers und Anfechtungsbeklagten, als auch auf seiten der Konkursgläubiger. Bestand die Handlung in der Einräumung einer Hypothek, so kann es genügen, daß der Erwerber in der Weise den Gläubigern gegenüber zurücktritt, daß er sie im Zwangsversteigerungsverfahren an seine Stelle treten läßt, je nach Umständen möglich ist aber auch, daß den Zwecken des § 37 nur durch eine Beseitigung der Hypothek entsprochen wird und der Anfechtungsbeklagte deshalb in ihre Löschung willigen muß.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 30 S. 90.

Wenn im vorliegenden Falle der ursprüngliche Klagantrag schlechthin auf Löschung gerichtet war, so folgte doch schon aus der ihm gegebenen Begründung, daß die Löschung nur als die nach Lage der Verhältnisse gebotene Art der Erfüllung einer ihrem Wesen nach verschiedene Erfüllungsmöglichkeiten zulassenden, von dem Prinzip der relativen Unwirksamkeit der Rechtshandlung beherrschten Verbindlichkeit verlangt werden sollte. Es ergab sich, daß Kläger nicht eine absolute Nichtigkeit der Rechtshandlung geltend machen wollte, während zu diesem Behufe die äußere Gestalt des Antrages die gleiche hätte sein können. Für die rechtliche Beurteilung eines Antrags kann aber nicht lediglich die nackte Form desselben und nicht lediglich die durch sie gegebene Bezeichnung der verlangten Leistung maßgebend sein, sondern

die Grundlage des Antrags muß beachtet werden, durch sie können äußerlich gleiche Anträge einen sachlich verschiedenen Charakter erhalten und äußerlich abweichende sich einander nähern. Im gegenwärtigen Falle ist es aber auch nicht allein die Art der Begründung des Antrags, die für seine Tragweite von Bedeutung ist, sondern der Antrag hat außerdem schon in erster Instanz eine erweiterte Fassung erhalten, laut deren er auf den Ausspruch der Unwirksamkeit der Rechtshandlung den Konkursgläubigern gegenüber und demgemäß auf Verurteilung zur Löschungsbewilligung geht. Man kann nicht mit dem Berufungsrichter in dem ersten Teil des Antrags nur eine Begründung für den zweiten und in dem Worte „demgemäß" den Ausdruck für ein solches Verhältniß der beiden Teile zueinander finden, der Antrag bildet ein Ganzes, in gleicher Art, wie wenn etwa die Löschung unter Anerkennung der Unwirksamkeit der Hypothekbestellung gefordert wäre. Aufgabe des ersten Teils im Sinne des Klägers bildet die materielle Charakterisierung des Verlangens, während der zweite die Handlung in einer den Erfordernissen der Vollstreckung entsprechenden Weise genau bestimmen soll.

Dies muß grundlegend sein bei der Prüfung, ob, wenn Kläger in der Berufungsinstanz den letzten Teil seines Antrags dahin geändert hat, daß er statt der Löschungsbewilligung nur die Einwilligung in die Auszahlung des Erlöses der Zwangsversteigerung verlangt, hierin eine unzulässige Klagänderung liegt. Zieht man den ersten Teil als für die Beurteilung wesentlich mit heran, so stellt die Änderung des Antrags in seiner Gesamtheit sich als Zurückführung des Klageverlangens auf eine dem Prinzip des § 29 K.O. am meisten entsprechende Gestalt dar, Kläger fordert jetzt nicht mehr, daß die Beklagte ihr Hypothekenrecht völlig aufgebe, sondern nur, daß sie im Verhältnis zu ihm zurücktrete, indem sie ihm den in der Zwangsvollstreckung auf sie fallenden Betrag überlasse. Es handelt sich also nicht um das Verlangen eines andern Objekts, sondern um eine Ermäßigung des Antrages, wie sie durch § 268 C.P.O. gestattet ist. Zu einem andern Ergebnisse wäre nur zu gelangen, wenn man mit dem Berufungsrichter den Schlußsatz des Antrags ganz isoliert betrachten wollte, allein dies würde eben dem Bemerkten zufolge unzutreffend sein. Unrichtig ist es auch, wenn der Berufungsrichter schließlich sogar einen Gegensatz dahin statuieren will, daß der erst-

instanzliche, auf Löschung gerichtete Klagantrag die unbeschränkte Freiheit der Grundstücke von der Hypothek zum Gegenstande habe, der jetzt substituierte dagegen den auf die Bestimmungen der Konkursordnung begründeten Anfechtungsanspruch enthalte, also zwei sowohl hinsichtlich ihres Charakters als ihres Gegenstandes verschiedene Ansprüche vorhanden seien; der rechtliche Charakter der Ansprüche hat seit der Klagerhebung eine Änderung nicht erfahren.

Konnte hiernach eine unzulässige Klagänderung nicht angenommen werden, so entfällt damit, was auch in der Berufungsinstanz noch zulässig ist, die Konkurrenz des ausschließlichen Gerichtsstandes der belegenen Sache, und der unbestritten vorliegende allgemeine Gerichtsstand ist maßgebend. Die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit mußte daher verworfen werden."

---

22. Zur Auslegung der Vorschrift im Art. 16 Abs. 2 der Kaiserlichen Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See vom 9. Mai 1897.

I. Civilsenat. Urt. v. 25. Juni 1902 i. S. S. & B. (Kl.) w. die Dampfschiffsaktiengesellschaft F. (Bekl.). Rep. I. 87. 88/02.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Beizupflichten ist ... der Revision darin, daß das Berufungsgericht mit Unrecht den Führer des F. auch davon freispricht, gegen die Vorschrift des Art. 16 Abs. 2 der Kaiserlichen Verordnung verstoßen zu haben.

Nach dieser Vorschrift muß ein Dampffahrzeug, welches anscheinend vor der Richtung quer ab (vorderlicher als dwars) das Nebelsignal eines Fahrzeuges hört, dessen Lage nicht auszumachen ist, sofern die Umstände dies gestatten, seine Maschine stoppen und dann vorsichtig manövrieren, bis die Gefahr des Zusammenstoßens vorüber ist. Rechtsirrtümlich ist es, wenn das Berufungsgericht die Worte „sofern die Umstände dies gestatten" für gleichbedeutend nimmt mit

den Worten „ſofern nicht beſondere Umſtände ausnahmsweiſe die Nichtbefolgung der Vorſchrift rechtfertigen“. In verneinender Form würde vielmehr die Einſchränkung der Vorſchrift nur lauten können: ſofern dies nicht die Umſtände verbieten, und nur ſo verſtanden läßt ſie der Vorſchrift die ihren Wert bedingende Beſtimmtheit. Sie kommt daher im gegenwärtigen Fall nicht in Betracht, da weder behauptet noch feſtgeſtellt iſt, daß irgend ein Umſtand den F. zum Unterlaſſen der vorgeſchriebenen Maßregel nötigte. Die vorgeſchriebene Maßregel beſteht darin, daß die Maſchine (nicht das Schiff) geſtoppt werden ſoll, und ihr zu Tage liegender Zweck iſt der, das beſſere Hören der Nebelſignale des Gegenſchiffes zu ermöglichen und die Aufmerkſamkeit der Beſatzung des eignen Schiffes wachzurufen. Damit dieſer Zweck erreicht wird, muß auch die Maſchine eine Zeit lang geſtoppt bleiben. Aber nicht vorgeſchrieben iſt, daß ſie geſtoppt bleiben ſoll, bis die Lage des Gegenſchiffes mit Sicherheit ausgemittelt iſt; denn dies würde für die meiſten Fälle darauf hinauslaufen, daß die Schiffe zum Stillſtand gebracht werden und bis zum Wiedereintritt ſichtigen Wetters im Stillſtande verharren müßten. Darauf geht nicht die Abſicht der Vorſchrift. Vorausſetzung der ganzen Vorſchrift iſt, daß die Lage des Gegenſchiffes nicht auszumachen iſt, und ſoll der damit als gegeben angeſehenen Gefahr eines Zuſammenſtoßens dadurch vorgebeugt werden, daß die Maſchine geſtoppt und dann vorſichtig manövriert wird, bis die Gefahr vorüber iſt, ſo kann die Vorſchrift für das Manövrieren den Schiffsführer nicht auf die kurze Zeit beſchränken wollen, in welcher er mit ſeinem Schiffe bei geſtoppt bleibender Maſchine manövrieren kann. Nicht verwehrt iſt es ſomit, wenn nicht die nach dem Stoppen der Maſchine gemachten Wahrnehmungen andere Maßnahmen erheiſchen, zum Zwecke vorſichtigen Weiterfahrens die Maſchine wieder in Gang zu ſetzen. Andererſeits läßt darüber der klare Wortlaut der Vorſchrift nicht im Zweifel, daß die Maſchine zu ſtoppen iſt, ſobald vorderlicher als dwars das Nebelſignal eines Fahrzeuges gehört wird, deſſen Lage nicht auszumachen iſt, und es nicht, wie die Reviſionsbeklagte auszuführen verſucht hat, dem Ermeſſen des Schiffsführers überlaſſen bleiben ſoll, den Zeitpunkt für die Vornahme der Maßregel zu beſtimmen.“ ...

23. Kann der Abschluß eines Geschäfts durch einen Handlungsreisenden wegen der außergewöhnlichen Größe der damit übernommenen Lieferungspflicht als außerhalb der Grenzen der Vollmacht eines Reisenden liegend erachtet werden?

H.G.B. §§ 54. 55.

II. Civilsenat. Urt. v. 27. Juni 1902 i. S. der Firma R. & Sohn (Bekl.) w. E. J. S. (Kl.). Rep. II. 115/02.

I. Landgericht Mannheim.
II. Oberlandesgericht Karlsruhe.

Die Beklagte machte zur Aufrechnung gegen die klägerische Forderung von 5000 ℳ eine Gegenforderung mit der Begründung geltend, daß sie mit der Klägerin durch deren handlungsbevollmächtigten Reisenden E. einen Lieferungskauf über 3300 Kubikmeter geschnittene Hölzer zum Preise von 45,25 ℳ lieferbar franko Schiff Frankfurt bis spätestens 31. Dezember 1900 abgeschlossen, daß aber die Klägerin die Gültigkeit des Kaufes nicht anerkannt und Erfüllung geweigert habe, wodurch für die Beklagte, die sich am 14. Mai 1900 bei einem Säge- und Hobelwerke in Dill-Weißenstein gedeckt habe, ein Schaden von über 5000 ℳ entstanden sei. Die Klägerin hielt entgegen, der Reisende E. sei zur Eingehung einer Lieferungsverpflichtung von so bedeutendem Umfange nicht bevollmächtigt gewesen, habe übrigens auch nur unter Vorbehalt der Genehmigung abgeschlossen, die nicht erteilt worden sei. Die Beklagte behauptete jedoch, daß sie von einer Beschränkung der Handlungsvollmacht des E. keine Kenntnis gehabt, daß übrigens auch Witwe S. dem E. Vollmacht zu diesem Abschlusse gegeben und sich damit einverstanden erklärt habe.

Das Landgericht erkannte nach Antrag der Klage, indem es annahm, daß der Reisende E. zum Abschlusse eines so außergewöhnlich großen Geschäfts nicht bevollmächtigt gewesen sei, und daß die Beklagte dies nach den Umständen habe wissen müssen, auch nachträgliche Genehmigung seitens der klägerischen Firma nicht erfolgt sei. Die Berufung wurde zurückgewiesen, da das Oberlandesgericht in der Verwerfung der Gegenforderung der Ansicht des Landgerichts beitrat, und ebenso die von der Beklagten eingelegte Revision.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht erkennt zwar an, daß der Reisende E. für ermächtigt galt, auf seinen Geschäftstouren Bestellungen in für die Klägerin bindender Weise anzunehmen, also Lieferungsverträge fest abzuschließen, hält aber die hier in Rede stehende Lieferung von 3300 Kubikmeter geschnittene Hölzer für weit über die bisherigen Abschlüsse des E. hinausgehend und nimmt an, daß dieses Geschäft wegen seines außerordentlich großen Wertes nicht innerhalb des Rahmens des gewöhnlichen Geschäftsbetriebes der Klägerin gelegen und insbesondere nicht zu der Art von Geschäften gehört habe, welche E. als Handlungsreisender selbständig abzuschließen als stillschweigend ermächtigt galt, zum mindesten aber, daß dessen Vollmacht zu selbständigem Abschlusse auf Geschäfte von erheblich geringerem Werte als bei dem vorliegenden beschränkt gewesen sei.

Diese Begründung enthält keine Verletzung der Grundsätze der §§ 54. 55 H.G.B. Auch die besondere finanzielle Tragweite eines Geschäfts kann dasselbe als außerhalb des von einem Handlungsreisenden verwalteten Geschäftskreises und damit außerhalb der Handlungsvollmacht des Reisenden liegend erscheinen lassen, da die Handlungsvollmacht nur auf das geht, was der Geschäftsbetrieb gewöhnlich mit sich bringt. Das Bedenken, ob sich der Gegenkontrahent, hier die Beklagte, einer solchen Einschränkung der Vollmacht des Reisenden E. bewußt werden mußte, wird durch die unter näherer Begründung aus den konkreten Verhältnissen getroffene Feststellung beseitigt, daß nämlich S. R., welcher die Verhandlungen mit E. führte, gewußt habe oder bei Anwendung der ihm unter den vorliegenden Umständen obliegenden kaufmännischen Sorgfalt habe wissen müssen, daß E. zum selbständigen Abschluß hier nicht ermächtigt gewesen sei." ...

---

24. Muß der Erfindungsbesitz im Sinne des § 5 Abs. 1 des Patentgesetzes vom 7. April 1891 ein selbständiger, in eigenem Interesse ausgeübter gewesen sein?

I. Civilsenat. Urt. v. 28. Juni 1902 i. S. Sch. (Kl.) w. P. (Bekl.). Rep. I. 84/02.

I. Landgericht Hagen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Frage ist bejaht worden aus folgenden

Gründen:

„Übereinstimmend mit dem Landgerichte nimmt das Berufungsgericht an, daß der Beklagte als Vorbenutzer im Sinne des § 5 Abs. 1 des Patentgesetzes anzusehen sei. Es erachtet für festgestellt, daß das vorgelegte Zieheisen „Modell 1890", wenn auch in minder vollkommener Ausführung, alle Eigentümlichkeiten des dem Kläger geschützten Zieheisens aufweise, und ferner, daß der Beklagte bereits im Jahre 1890 ein solches Zieheisen hergestellt und benutzt habe.

Auf die gegen die zweite Feststellung gerichteten Revisionsangriffe braucht nicht eingegangen zu werden. Auch wenn man diese Feststellung ebenso wie die erste als richtig gelten läßt, so kann doch bei genauerer Beurteilung des gegebenen Tatbestandes die Anwendung des § 5 Abs. 1 des Patentgesetzes auf ihn nicht für gerechtfertigt erachtet werden.

Die genannte Vorschrift will das Recht des Patentanmelders, der für das Gesetz als der Erfinder gilt, nicht zu gunsten jemandes einschränken, der schon vor der Anmeldung der Erfindung die gleiche Erfindung gemacht hatte, sondern sie will gegenüber jenem Rechte des Patentanmelders den schon vor der Anmeldung entstandenen Erfindungsbesitz eines andern als einen zu schützenden aufrecht erhalten. Wer vor der Anmeldung den Erfindungsgedanken in die Tat umgesetzt, ihn ausgeführt oder auszuführen begonnen hatte, soll befugt bleiben, die Erfindung für die Bedürfnisse seines eigenen Betriebes auszunutzen. Daraus folgt mit Notwendigkeit, daß der Erfindungsbesitz ein selbständiger, in eigenem Interesse ausgeübter gewesen sein muß, daß nur derjenige Anspruch hat auf den Schutz des Gesetzes, der für eigene Zwecke die Erfindung benutzt oder die zu solcher Benutzung erforderlichen Veranstaltungen getroffen hatte.

Vgl. Entsch. des R.G.'s, abgedr. in Gareis, Entscheidungen in Patentsachen Bd. 5 S. 161 flg.; Kohler, Handbuch des deutschen Patentrechts S. 475.

Nun ergibt sich aber aus dem vom Beklagten selbst Vorgetragenen, der Feststellung des Berufungsgerichts und den ihr zu grunde liegenden Zeugenaussagen nicht mehr, als daß der Beklagte im Jahre 1890,

während er im Dienste von K. & Kl. in J. stand, in der Fabrik und für die Zwecke der Fabrik dieser Firma ein dem „Modell 1890" entsprechendes Zieheisen hergestellt und benutzt, und es, als er aus dem Dienste trat, in der Fabrik zurückgelassen hat. Was damit in die Erscheinung getreten war, war also dem vorher Ausgeführten nach kein Erfindungsbesitz des Beklagten." ...

---

25. 1. Steht dem Verkäufer noch der Anspruch auf Erfüllung zu, wenn er dem Käufer wegen angeblichen Verzugs unter Setzung einer demnächst fruchtlos verstrichenen Nachfrist erklärt hat, er werde nach Ablauf der Frist die Erfüllung nicht mehr annehmen, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern?

B.G.B. § 326 Abs. 1 Satz 2.

2. Ist der Käufer, wenn der Verkäufer sich in Erfüllungsunmöglichkeit gesetzt oder die Annahme der dem Käufer obliegenden Erfüllung gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. abgelehnt hat, befugt, das angezahlte Kaufgeld nebst Zinsen seit der Zahlung zurückzufordern?

B.G.B. §§ 325. 326. 327. 280 Abs. 2. 346 u. 347.

V. Civilsenat. Urt. v. 28. Juni 1902 i. S. M. (Kl. u. Widerbekl.) w. M. (Bekl. u. Widerkl.). Rep. V. 85/02.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger verkaufte durch notariell beurkundeten Vertrag vom 5. März 1900 an den Beklagten vier Baustellen für den Gesamtpreis von 50000 ℳ. 5000 ℳ wurden angezahlt, der Rest von 45000 ℳ wurde kreditiert und sollte vom 1. April 1900 ab mit 4 Prozent verzinst werden. Die Auflassung sollte bis zum 1. Mai 1900 erfolgen. Sie erfolgte aber nicht. Der Kläger verlangte im vorliegenden Rechtsstreite die Zinsen von den 45000 ℳ für die Zeit vom 1. April 1900 bis dahin 1901 mit 1800 ℳ, indem er behauptete, den Beklagten wiederholt, jedoch vergeblich zur Entgegennahme der Auflassungserklärung aufgefordert zu haben.

Der Beklagte bestritt in erster Instanz, zur Auflassung aufgefordert worden zu sein, behauptete vielmehr, daß er den Kläger am 28. April 1900 an Auflassung gemahnt, aber die Antwort erhalten habe, Kläger könne zur Zeit nicht auflassen, da er die Parzellen noch anderweit verpfändet habe. Mit Widerklage verlangte der Beklagte die Zinsen von den angezahlten 5000 ℳ für ein Jahr zum Zinssatze von 5 Prozent.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten nach dem Klagantrage und wies die Widerklage ab. Der Berufungsrichter wies dagegen die Klage ab und gab der Widerklage statt.

In zweiter Instanz behauptete der Beklagte, daß der Kläger zwei der an ihn verkauften Parzellen anderweit verkauft und aufgelassen habe, daß diese beiden Parzellen inzwischen auch bebaut worden seien und daher als Bauland nicht mehr übergeben werden könnten. Der Kläger habe also die ihm obliegende Erfüllung teilweise unmöglich gemacht. Die Annahme der noch möglichen Teilerfüllung lehnte der Beklagte ab. Der Kläger gab zu, daß er zwei Parzellen anderweit verkauft und aufgelassen habe, und erklärte nunmehr, daß er die eingeklagte Summe nicht mehr als Vertragserfüllung, sondern als Schadensersatz statt der Erfüllung fordere. Er behauptete nämlich, daß er nach Zustellung der Klage dem Beklagten durch Schreiben vom 9. Mai 1901 eine Nachfrist zur Entgegennahme der Auflassung mit der Erklärung bestimmt habe, daß er nach Ablauf der Frist die Erfüllung nicht mehr annehmen, sondern statt der Erfüllung Schadensersatz verlangen werde. Er habe freilich zwei der Parzellen schon vor Absendung jenes Schreibens anderweit verkauft, die Auflassung jedoch erst nach Ablauf der dem Beklagten gestellten Frist erklärt. Der Beklagte bestritt die letzteren Behauptungen und widersprach der Klagänderung.

Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Die Ausführungen, mit denen der Berufungsrichter die Abweisung der Klage begründet, daß nämlich der Kläger sich durch den Verkauf und die Auflassung zweier der an den Beklagten verkauften Parzellen in die Unmöglichkeit versetzt habe, den mit dem Beklagten geschlossenen Kaufvertrag zu erfüllen, und aus diesem Grunde Erfüllung vom Beklagten nicht fordern könne, sind abwegig und die dagegen gerichteten Angriffe unerheblich. Die Abweisung der Klage

ergiebt sich jedoch aus anderen Erwägungen. Ursprünglich war die Klage freilich auf Vertragserfüllung gerichtet, nämlich auf Zahlung der im Vertrage bedungenen Zinsen von dem gestundeten Kaufpreisteil. Diese Klagebegründung ist aber in zweiter Instanz fallen gelassen und sie mußte auch fallen gelassen werden, nachdem der Kläger mit der Tatsache herausgerückt war, daß er wegen (angeblichen) Verzuges des Beklagten mit der Entgegennahme der Auflassung gemäß § 326 B.G.B. dem Beklagten unter Setzung einer Nachfrist erklärt hat, er werde nach Ablauf der Frist die Erfüllung nicht mehr annehmen, vielmehr Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern. Die Frist ist nach den eignen Angaben des Klägers fruchtlos verstrichen, damit aber der Anspruch des Klägers auf Vertragserfüllung endgültig verloren gegangen (§ 326 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). Auf den neuen, erst in der Berufungsinstanz vorgebrachten Klagegrund hin konnte aber eine Verurteilung des Beklagten nicht erfolgen, weil dieser der unbedenklich vorliegenden Klagänderung (vgl. J. W. Schr. 1899 S. 224 Nr. 8) widersprochen hat (§ 527 C.P.O.). Demgemäß ist die vom Berufungsrichter ausgesprochene Abweisung der Klage, wenn auch aus andern Gründen, gerechtfertigt.

Auch die vom Berufungsrichter auf die Widerklage getroffene Entscheidung erweist sich, freilich wiederum aus andern Gründen, als richtig. Auch die Widerklage ist geändert. Sie war zunächst darauf gegründet, daß der Kläger sich mit der Übergabe und Auflassung im Verzuge befinde und daher die Zinsen von den angezahlten 5000 ℳ ohne Grund genossen habe. Als demnächst der Kläger zwei der Parzellen anderweit verkauft und aufgelassen hatte, gründete der Beklagte (in zweiter Instanz) den Widerklaganspruch auf die durch diese anderweite Veräußerung seitens des Klägers herbeigeführte teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung, erklärte, daß die noch mögliche Teilerfüllung für ihn kein Interesse habe, und führte aus, daß der Kläger in Höhe jener Zinsen ungerechtfertigt bereichert sei. Der Berufungsrichter hat die Widerklage vom Standpunkte der neuen Begründung geprüft, und er war hierzu auch befugt, weil der Kläger, ohne der Änderung zu widersprechen, sich auf die abgeänderte Widerklage eingelassen hat, seine Einwilligung in die Änderung also anzunehmen ist (§§ 527. 269 C.P.O.). Die geänderte Widerklage ist aber begründet. Der Kläger hat durch die anderweite Veräußerung der beiden Parzellen

die ihm obliegende Leistung (die Auflassung an den Beklagten) teilweise unmöglich gemacht. Er leugnet das zwar, weil er die Parzellen ja zurückerwerben könne, aber dieser Hinweis reicht zu dem Nachweise, daß die zur Zeit vorliegende subjektive Unmöglichkeit beseitigt werden könne, nicht aus, vielmehr hätte es dazu der Behauptung bedurft, daß der jetzige Eigentümer zur Rückauflassung bereit sei; vor allem aber hätte der Kläger sich zur Auflassung an den Beklagten bereit erklären müssen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 31 S. 184, Bd. 32 S. 131; Gruchot, Beitr. Bd. 39 S. 450 flg.,

Letzteres hat der Kläger nicht getan, vielmehr weigert er die Auflassung, will den Vertrag nicht mehr erfüllen. Nach der wohl begründeten Annahme des Berufungsrichters hat der Beklagte an der (noch möglichen) teilweisen Erfüllung des einheitlichen Vertrages kein Interesse. Nach § 325 Abs. 1 Satz 2 B.G.B. hat der Beklagte unter diesen Umständen das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit des Klägers nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 B.G.B. zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Der Beklagte will nicht mehr erfüllen; er hat aber nicht zu erkennen gegeben, von welchem der beiden ihm nach § 325 Abs. 1 Satz 2 zustehenden Rechte er Gebrauch machen will. Allein es kommt auf diesen Mangel der Erklärung nicht an, weil der Widerklaganspruch in beiden Fällen begründet ist. Im Falle der Wahl des Schadensersatzes steht ihm der Anspruch auf Rückzahlung der angezahlten 5000 ℳ nebst Zinsen seit der Zahlung nach den §§ 325 Abs. 1 S. 2. 280 Abs. 2. 346. 347 letzter Satz, im Falle des Rücktrittes nach den §§ 325 Abs. 1 Satz 2. 327 Satz 1. 346. 347 letzter Satz zu. Selbstverständlich hat der Beklagte das Recht, statt seines ganzen Anspruches zunächst einen Teil, nämlich die Zinsen, geltend zu machen. Voraussetzung des Anspruches ist jedoch, daß die Unmöglichkeit der Erfüllung auf einem Umstande beruht, den der Kläger zu vertreten hat. Im allgemeinen ist die willkürliche Veräußerung ein von dem Veräußerer zu vertretender Umstand. Nun hat freilich der Kläger behauptet, daß er zu der Veräußerung befugt gewesen, da der Beklagte mit seiner Leistung im Verzuge gewesen sei, auch eine ihm gemäß § 326 Abs. 1 Satz 1 B.G.B. gestellte Frist fruchtlos habe verstreichen lassen und Kläger nunmehr gemäß § 326 Abs. 1 Satz 2 u. 3 Schadensersatz wegen

Nichterfüllung verlangt habe. Allein es kann ununtersucht bleiben, ob dadurch die Vertretbarkeit berührt werden würde, denn auch im Falle des § 326 Abs. 1 Satz 3 (teilweise Nichterfüllung seitens des andern Teiles) würde der Anspruch auf die mit der Widerklage geforderten Zinsen gemäß dieser Vorschrift in Verbindung mit den §§ 325 Abs. 1 Satz 2. 280 Abs. 2. 346. 347 letzter Satz begründet sein. Gegen diesen Anspruch würde der Kläger, falls die Voraussetzungen des § 326 Abs. 1 vorliegen sollten, seinen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zur Aufrechnung stellen können, aber er hat in keiner Weise dargetan, daß ihm irgend ein Schaden entstanden sei, und nicht zu erkennen gegeben, daß er aufrechnen möchte."

---

26. Formelle Legitimation und materielles Recht des Bevollmächtigten im Verhältnisse zum Machtgeber. Vollmacht im Interesse eines Dritten. Darf der Bevollmächtigte auf Grund der Vollmacht mit Wirkung gegen den Machtgeber Erklärungen selbst gegen dessen Willen abgeben? Generalvollmacht.
B.G.B. §§ 167. 168 Satz 2.

I. Civilsenat. Urt. v. 28. Juni 1902 i. S. C. (Bekl.) w. W. (Kl.). Rep. I. 86/02.

I. Landgericht Kiel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger und der Beklagte betrieben die Großschlächterei und Wurstfabrikation in offener Gesellschaft unter der eingetragenen Firma C. & W. Der Hotelbesitzer M. in Hamburg, der Schwiegervater des Klägers, trat wiederholt für die Gesellschaft durch bare Vorschüsse, Bürgschaft und Pfand ein. M. stellte dafür Bedingungen auf, denen sich die Gesellschafter durch Unterschrift eines Schriftstückes unterwarfen. Dazu gehörte unter anderm die Erteilung einer Generalvollmacht durch die Gesellschaft und die Gesellschafter an den Generalbevollmächtigten des M., den Rechtsanwalt Dr. Br. in Hamburg. Die Generalvollmacht stellten die Gesellschafter unter der Firma und unter

ihrem persönlichen Namen am 14. März 1901 für alle ihre persönlichen Angelegenheiten und in Angelegenheiten ihrer Firma im weitesten Umfange mit der Schlußklausel für den Br. aus, daß derselbe ermächtigt werde, vor Behörden, Gerichten, Beamten alles zu thun und auszuführen, was in ihrem Interesse liege, und was nach Gesetz oder Rechtsgewohnheit durch einen Bevollmächtigten geschehen könne.

Im September 1901 zeigte die Firma ihren Gläubigern an, daß sie ihre Zahlungen eingestellt habe, und forderte die Gläubiger zu Verhandlungen über ein außergerichtliches Arrangement auf. Nachdem am 7. und 11. Oktober Gläubigerversammlungen stattgehabt hatten und eine Vertrauenskommission gewählt worden war, beschlossen die Gläubiger in der Versammlung vom 18. Oktober 1901, daß der Gesellschaft ein Moratorium von 5 Jahren unter der Bedingung zu gewähren sei, daß der Kläger aus der Gesellschaft austrete, der Beklagte Aktiven und Passiven übernehme, dem Kläger Quittung und Decharge erteilt werde, der Kläger auf sein buchmäßiges Kapitalguthaben verzichte und dafür nach Erledigung aller Verbindlichkeiten einschließlich der M.'schen Bürgschaft 14000 ℳ durch den Beklagten vergütet erhalte. Dem Kläger wurde vorbehalten, bis zum 22. Oktober zuzustimmen, widrigenfalls das Abkommen hinfällig sein sollte. Der Kläger, der 60000 ℳ verlangte, widersprach. Obwohl dies dem Br. und dem Beklagten bekannt war, erklärten beide, Br. auf Grund der ihm erteilten Generalvollmacht, am 21. Oktober 1901 vor dem Amtsgericht Neumünster, daß der Kläger aus der Gesellschaft ausgeschieden und das Geschäft mit Aktiven und Passiven auf den Beklagten übergegangen sei. Auf Grund dieser Erklärung wurde das Erlöschen der Firma der Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen.

Der Kläger wurde gegen den Beklagten dahin klagbar, 1. festzustellen, daß die offene Handelsgesellschaft der Parteien noch fortbestehe; 2. die Beklagten zu verurteilen, darin zu willigen, daß der in das Handelsregister bei der Firma C. & W. eingetragene Vermerk „die offene Handelsgesellschaft ist aufgelöst" gelöscht werde.

Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er geltend machte, daß die Generalvollmacht des Klägers auf Br. im Interesse und zur Sicherheit des M. ausgestellt sei und vom Kläger nicht habe widerrufen werden dürfen, und daß Br., selbst gegen den Widerspruch

des Klägers so habe verfahren dürfen, wie geschehen, weil dies im Interesse und zum Schutze des M. notwendig gewesen sei.

Der erste Richter wies die Klage ab, auf die Berufung des Klägers aber wurde der Beklagte nach dem Klagantrage verurteilt.

Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen aus nachfolgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter begründet seine Entscheidung durch die Erwägung, daß Dr. Br. ebenso wie der Beklagte bei Abgabe der Erklärung vom 21. Oktober 1901 vor dem Registerrichter wußten, der Kläger verweigere seinen Austritt aus der Gesellschaft unter den ihm angesonnenen Bedingungen, daß die Erklärung des Dr. Br. deshalb für den Kläger unverbindlich und nichtig sei, weil der Kläger sich ohne Verstoß gegen die guten Sitten durch die Generalvollmacht nicht unwiderruflich an den Willen des Dr. Br. habe binden können und sich so auch nicht habe binden wollen.

... Zur Begründung der Revision ist lediglich auf die Rechtsausführungen des ersten Richters Bezug genommen. Dieselben laufen darauf hinaus, daß Dr. Br. durch die Generalvollmacht zur Abgabe der Erklärung vor dem Registerrichter legitimiert gewesen sei, daß die Vollmacht wesentlich im Interesse des M. und für den tatsächlich eingetretenen Fall pekuniärer Schwierigkeiten der Gesellschaft erteilt sei, daß der Kläger deshalb die Vollmacht nicht habe widerrufen können, und deshalb bedeutungslos sei, ob sein Verhalten, seine Weigerung, dem Ausscheiden aus der Gesellschaft zuzustimmen, einen stillschweigenden Widerruf der Vollmacht enthalte.

Diese Ausführungen treffen aber den Kern der Sache nicht. Es kann ohne weiteres zugegeben werden, daß die Generalvollmacht vom 14. März 1901 den Dr. Br. formell zu der Erklärung legitimierte, die er vor dem Registerrichter abgegeben hat. Die Vollmacht ermächtigte ihn unter anderem auch vor dem Handelsregister alles zu tun und zu verrichten, „was in dem Interesse seiner Machtgeber liegt und nach Gesetz oder Rechtsgewohnheit durch einen Bevollmächtigten geschehen kann". Hätten die Parteien sich über den Austritt des Klägers aus der Gesellschaft und den Übergang des Geschäfts nebst Firma, Aktiven und Passiven auf den Beklagten geeinigt, so würde Dr. Br. zweifellos die damit übereinstimmende Willenserklärung des Klägers in dessen Namen vor dem Registerrichter mit verbindlicher

Kraft haben abgeben können. Aber aus dem Begriff und der Rechtsnatur der Vollmacht folgt das auch für den § 167 B.G.B., daß der Bevollmächtigte grundsätzlich keinen Willen erklären darf, der dem ihm bekannten Willen des Machtgebers widerspricht, daß der Bevollmächtigte aus solcher Willenserklärung keine Rechte gegen den Machtgeber herleiten kann und ebensowenig der Dritte, der den abweichenden Willen des Machtgebers weiß und erkennen kann, daß die Vollmacht gemißbraucht wird.

Vgl. l. 17 § 4 Dig. de inst. act. 14, 3; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 206.

Aus § 168 Satz 2 B.G.B. folgt weiter nichts, als daß ausnahmsweise die Ermächtigung zu einem Handeln durch Vollmacht so erteilt werden kann, daß dies Handeln als ein dem Bevollmächtigten willkürlich nicht entziehbares Recht erscheint. So kann sich die Vollmacht in den Fällen gestalten, wo sie dem Bevollmächtigten in dessen eigenem oder im Interesse eines Dritten, nicht in dem des Machtgebers, erteilt wird, der Schuldner dem Gläubiger zu dessen Befriedigung Vollmacht zum Verkauf oder zur Einziehung von Forderungen, oder der Schenker dem Beschenkten zur Ausführung der Schenkung Vollmacht zur Einziehung von Forderungen giebt, oder der Schuldner auf Verlangen und im Interesse der Gläubiger einen Dritten als Treuhänder mit der Vollmacht zu gewissen Dispositionen bestellt. Die Anwendung des Gedankens des § 168 Satzes 2 auf den vorliegenden Fall würde voraussetzen, daß der Kläger dem Dr. Br. im Interesse des M. durch die Generalvollmacht das Recht erteilt, nach eigenem Befinden nicht bloß die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen, sondern auch über den Geschäftsanteil des Klägers ohne und selbst gegen den Willen des Klägers zu verfügen. Da die Vollmacht auch von dem Beklagten ausgestellt ist, würde Dr. Br. folgerichtig selbst gegen den Willen beider Gesellschafter so zu verfügen ermächtigt sein, wenn der Rechtsauffassung des ersten Richters beigetreten werden müßte.

Nun kann auf sich beruhen, ob eine Vollmacht der Art als gegen die guten Sitten verstoßend anzusehen ist, weil sie die Gesellschaft und die Gesellschafter in unzulässiger Weise dem Willen eines Dritten unterwirft. Darin ist dem Berufungsrichter ohne Bedenken beizutreten, daß der Generalvollmacht vom 14. März 1901 weder nach ihrem Wortlaut noch der durch Treu und Glauben mit Rücksicht auf die

Verkehrssitte gebotenen Auslegung ein so weit gehender Inhalt beigelegt werden kann (§§ 133. 157 B.G.B.).

Die Vollmacht ist dem Dr. Br. nach ihrem Wortlaut für alle persönlichen Angelegenheiten der Gesellschafter und die Angelegenheiten der Gesellschaft erteilt. Sie besagt, daß Dr. Br. die Gerechtsame der Machtgeber vor allen Behörden in streitigen und nichtstreitigen Angelegenheiten wahren und im Interesse der Machtgeber alles soll vornehmen und erklären dürfen, was nach Gesetz und Rechtsgewohnheit durch einen Bevollmächtigten geschehen kann. Die Vollmacht ist von M. verlangt und als Bedingung dafür gestellt, daß er der Gesellschaft durch Bürgschaft und andere Sicherheit Kredit verschaffte. Unter den vorgetragenen, von beiden Parteien unterschriebenen Bedingungen vom Dezember 1890 findet sich auch die Übernahme der Verpflichtung, in Liquidation zu gehen, falls Dr. Br. dies im Interesse des M. für geboten erachte. M. sollte dadurch gesichert werden. Daraus und aus der Erteilung einer Vollmacht als Generalvollmacht von unbeschränktem Inhalt folgt aber nicht, daß Dr. Br. im Verhältnis zu seinen Machtgebern materiell zu jedem Rechtsgeschäft oder jeder Willenserklärung auch gegen den ausgesprochenen Willen seiner Machtgeber ermächtigt war, für welche die Generalvollmacht die formelle Legitimation gab. Vielmehr erscheint es, wie der Berufungsrichter mit Recht angenommen hat, ausgeschlossen, daß der Kläger dem Dr. Br. durch die Vollmacht vom 14. März 1901 das Recht hat übertragen wollen, selbst gegen seinen Willen nicht bloß die Gesellschaft zur Auflösung zu bringen, sondern über seine Rechte aus der Gesellschaft durch einseitige Übertragung derselben auf den Beklagten zu verfügen.

War Dr. Br. dazu nicht befugt, so konnte der Beklagte, der den Widerspruch des Klägers kannte, durch die Erklärung des Dr. Br. vor dem Registerrichter Rechte nicht erwerben, ist vielmehr verpflichtet, die formelle Rechtswirkung dieser Erklärung durch seine Zustimmung zur Löschung der Eintragung im Handelsregister rückgängig zu machen." ...

27. Zulässigkeit von Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines Rechtsurhebers gegen die Klage aus einer Hypothek.

Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872 § 38 Abss. 2. u. 3.

V. Civilsenat. Urt. v. 28. Juni 1902 i. S. O. (Kl.) w. L. (Bekl.). Rep. V. 144/02.

I. Landgericht Münster.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Beklagter hatte durch Urkunde vom 11. November 1897 dem H. zwei im Grundbuche von Rheine auf seinem Grundstücke Bd. 87 Bl. 5 eingetragene Forderungen von zusammen 21165,55 ℳ, die durch Befriedigung des Gläubigers zu seiner Verfügung gekommen waren, in Ausführung des § 2 des an demselben Tage mit H. geschlossenen Kaufvertrags cediert. „Die Valuta" — hieß es in der Cessionsurkunde — „ist dadurch beglichen, daß ich damit den aus dem beregten Vertrage für mich resultierenden Restkaufpreis von 20000 ℳ getilgt habe." Durch Urkunde vom 20. November 1897 cedierte H. diese Hypotheken dem Kläger mit dem Bekenntnisse, die Valuta in bar richtig empfangen zu haben. Kläger benachrichtigte den Beklagten von der Cession und kündigte die Hypotheken. Als Beklagter nicht zahlte, klagte er mit dem Antrage, den Beklagten zur Zahlung von 21165,55 ℳ nebst 5% Zinsen seit dem 2. Oktober 1898 bei Vermeidung der Zwangsvollstreckung in die im Grundbuche von Rheine Bd. 87 Bl. 5 eingetragenen Parzellen Fl. 4 Nr. 1025/195 zu verurteilen. Das diesem Antrage entsprechende Urteil wurde auf die Berufung des Beklagten dahin abgeändert, daß Kläger mit dem Anspruch aus der Klage abgewiesen wurde. Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht geht davon aus, daß alles, was die Entstehung, Begründung und Übertragung der streitigen, vor dem 1. Januar 1900 entstandenen und übertragenen Hypotheken betrifft, nicht nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, sondern nach dem Eig.-Erw.-Ges. von 1872 zu beurteilen sei, daß deshalb die Einwendungen des Beklagten, die sich aus dem ursprünglichen Schuldverhältnisse zwischen ihm und

H. als dem Autor des Klägers ergäben, dem Kläger nach § 38 Eig.-Erw.-Ges. nur entgegengehalten werden könnten, wenn sie sich aus dem Grundbuch ergäben, oder wenn sie dem Kläger zur Zeit der Cession bekannt gewesen seien, oder wenn Kläger die Hypotheken unentgeltlich erworben habe. Daß eine dieser Voraussetzungen vorliege, habe Beklagter zu beweisen.

Was den Betrug angeht, den H. gegen den Beklagten angeblich verübt hat, so kommt zunächst in Betracht, daß Beklagter dem H. die streitigen Hypotheken in Ausführung des zwischen ihm und H. abgeschlossenen Kaufvertrages zum Zwecke der Tilgung der Kaufgelderrestforderung des H. von 20000 ℳ abgetreten hat. Beklagter hat behauptet, H. könne keinerlei Rechte aus dem Kaufvertrage herleiten, weil er von H. zum Abschlusse des Kaufvertrages durch Betrug veranlaßt sei, indem H. ihm verschwiegen habe, daß er das dem Beklagten verkaufte Hausgrundstück bereits durch einen älteren Vertrag an Sch. veräußert habe, und daß dieser sich im Besitze desselben befinde. Das Berufungsgericht stellt fest, daß H. das Hausgrundstück dem Sch. durch Verträge vom 27. und 28. August 1896 tauschweise abgetreten, und daß Sch. sich im Besitze des Hauses befunden und stets mit Ausschluß des H. darüber verfügt habe. Dies habe H. dem Beklagten arglistig verschwiegen. Hätte Beklagter hiervon Kenntnis gehabt, so würde er dadurch veranlaßt worden sein, vom Abschlusse des Vertrages abzusehen. Hiernach habe H. sich dem Beklagten gegenüber beim Abschlusse des Vertrages des Betruges schuldig gemacht, und sei der Beklagte zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt, den er noch jetzt geltend machen könne, da er das Geschäft nicht genehmigt habe. Das Berufungsgericht bejaht dann unter ausführlicher tatsächlicher Begründung die Frage, ob der Beklagte das betrügliche Verhalten des H. auch dem Kläger gegenüber nach § 38 Eig.-Erw.-Ges. geltend machen könne.

Gegen die tatsächliche Feststellung, daß H. den Beklagten beim Abschlusse des Kaufvertrages betrogen hat, sind von der Revision Bedenken nicht erhoben. Sie ist auch, da ein Rechtsirrtum dabei nicht untergelaufen, Angriffen in der Revisionsinstanz nicht zugänglich. Die vom Berufungsgerichte gezogene Folgerung, daß H. dem Beklagten die abgetretenen Hypotheken zurückgewähren muß, ergibt sich ohne weiteres aus § 352 A.L.R. I. 5.

Kläger sucht im wesentlichen die Revision damit zu rechtfertigen, daß nicht genügend festgestellt sei, weshalb die dem Beklagten gegen H. zustehende Einrede auch ihm entgegenstehe. Auf diese Feststellung kommt es jedoch überhaupt nicht an.

Dem Berufungsgerichte ist darin beizutreten, daß die Veränderungen, die bei den streitigen Hypotheken vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches durch die Abtretungen stattgefunden haben, nach dem bisherigen preußischen Rechte beurteilt werden müssen, da die Hypotheken nach Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. erst von dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, also vom 1. Januar 1900 an, als Hypotheken des Bürgerlichen Gesetzbuches gelten.

Dagegen ist für die Bestimmung des § 38 Abs. 2 Eig.-Erw.-Ges., welche das Berufungsgericht seiner Beurteilung zu grunde legt, kein Raum. Der Beklagte bestreitet den Anspruch des Klägers nicht etwa mit Einreden, die sich gegen das persönliche Schuldverhältnis, für welches die Hypotheken bestellt sind, richten, auch nicht wegen Mängel in dem dinglichen Bestande der Hypotheken. Er läßt vielmehr die Hypotheken und das ihr zu Grunde liegende Schuldverhältnis unangetastet und macht nur geltend, daß sie dem Kläger nicht zustehen, weil H., der Cedent des Klägers, wenn er auch durch die Abtretung seitens des Beklagten Gläubiger der Hypothekenforderungen geworden sei, diese dem Beklagten zurückgeben müsse, und weil dem Kläger der von H. gegen den Beklagten verübte Betrug bei seinem Erwerbe durch Cession bekannt gewesen sei. Es kann sich also nur fragen, ob der Kläger durch die Vorschrift des § 38 Abs. 3 Eig.-Erw.-Ges. geschützt ist. Dies ist zu verneinen.

Nach dem Allgemeinen Landrechte wurde nur der Erwerb von Rechten an einem Grundstücke durch Eintragung in das Hypothekenbuch und die Fortexistenz solcher begründeten Rechte durch den öffentlichen Glauben des Hypothekenbuches geschützt (vgl. Tl. I. Tit. 10 §§ 7—11. 24; Tl. I. Tit. 20 §§ 410. 422—426. 522). Vorschriften, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 892. 1138. 1155 enthält, wodurch dieser Schutz auf den Erwerb von Rechten an einem eingetragenen Rechte erstreckt ist, gab es nicht. Es galt die allgemeine Regel des § 101 Einl. zum A.L.R., wonach niemand dem andern mehrere Rechte übertragen kann, als er selbst besitzt, so daß demjenigen, welcher ein Recht an einer Hypothek von dem eingetragenen

Gläubiger oder gegen ihn erwarb, seine bona fides und der Inhalt des Hypothekenbuchs nicht zur Seite stand. Diese Lücke wurde erst durch § 15 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 (G.S. S. 521) dahin ausgefüllt: „Einem Dritten, welcher redlicherweise über eine im Hypothekenbuche eingetragene Post mit dem als Cessionar, Erbe oder sonstiger Erwerber eingetragenen und im Besitze des darüber ausgefertigten Hypothekeninstruments befindlichen Inhaber sich eingelassen hat, können keine die Berechtigung seines Autors betreffenden Einwendungen, soweit sie nicht aus der Urkunde oder dem Hypothekenbuche erhellen, entgegengestellt werden." Hierdurch sollte im Interesse des Hypothekenverkehres die Legitimation des als Gläubiger der Hypothek Eingetragenen jeder Kontestation entzogen werden.

Vgl. Instruktion vom 3. August 1853 Art. 8 Nr. 2b a. E. (Just.-Min.-Bl. S. 275).

Erstes Erfordernis der Ausschließung von Einreden gegen die Berechtigung des Autors war also, daß dieser als Gläubiger im Grundbuche eingetragen war. Dasselbe Erfordernis ist im § 38 Abs. 3 Eig.-Erw.-Ges., welcher im wesentlichen dem § 15 des Gesetzes vom 24. Mai 1853 entnommen ist, beibehalten.

Vgl. Turnau, Grundbuchordnung Bd. 1 S. 772 Nr. 23 und Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 30 S. 273, Bd. 38 S. 222.

Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines Rechtsurhebers (Autors) sind unzulässig, wenn der Rechtsurheber als Gläubiger im Grundbuche eingetragen ist. Dergleichen Einreden sind also zulässig, wenn der Rechtsurheber im Grundbuche nicht eingetragen ist. Außer dem § 38 Abs. 3 gibt es im preußischen Rechte keine Bestimmung, wodurch der Erwerb von Rechten an einem eingetragenen Rechte, insbesondere der Erwerb einer Hypothek durch Abtretung, unter den Schutz des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs in der Weise gestellt wäre, daß dem Erwerber Mängel in seinem oder seines Rechtsurhebers Rechte nur dann entgegengehalten werden könnten, wenn sie aus dem Grundbuche sich ergeben oder dem Erwerber beim Erwerbe bekannt gewesen sind. Wohin also der Schutz des § 38 Abs. 3 nicht reicht, weil es an der Voraussetzung des Eingetragenseins des Rechtsurhebers fehlt, da verbleibt es bei den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts über die Einreden des Schuldners einer cedierten Post in den §§ 407. 408 I. 11. „Der Schuldner

einer cedierten Post kann alle Einwendungen und Gegenforderungen, die er gegen den Cedenten rügen konnte, auch dem Cessionario entgegensetzen", und zwar, da die Verpflichtung des Schuldners durch die Abtretung des Rechts an einen anderen überhaupt niemals erschwert werden darf (§ 408), ohne Rücksicht darauf, ob dem Cessionar bei der Abtretung des Rechtes die Einreden des Schuldners gegen den Cedenten bekannt waren oder nicht.

Der Rechtsurheber H. des Klägers war nicht im Grundbuche als Gläubiger der von ihm dem Kläger abgetretenen Hypotheken eingetragen. Der Kläger kann sich daher auf den § 38 Abs. 3 Eig.-Erw.-Ges. nicht berufen. Er muß vielmehr die dem Beklagten gegen H. zustehenden Einreden unbeschränkt gegen sich gelten lassen, ohne daß es darauf ankommt, ob ihm beim Erwerbe der Hypotheken diese Einreden bekannt gewesen sind. Wenn das Berufungsgericht strengere Anforderungen an die Zulässigkeit der Einreden gegen H. gegenüber dem Kläger stellt, so kann der Umstand, daß es die Kenntnis des Klägers von den Einreden des Beklagten gegen H., also etwas Überflüssiges, festzustellen sucht, nicht zur Aufhebung des Vorderurteils führen. Das Überflüssige fällt fort, und damit sind die vom Kläger gegen dessen Feststellung gerichteten Angriffe wirkungslos. Es war mithin nur zu prüfen, ob die Einreden des Beklagten begründet sein würden, wenn H. der Kläger wäre, was bereits oben bejaht ist." ...

---

28. Zur Anwendung des § 109 C.P.O.

VI. Civilsenat. Beschl. v. 30. Juni 1902 i. S. v. H. Ehel. (Antragsteller) w. Pf. Wwe u. Gen. (Antragsgegner). Beschw.-Rep. VI. 144/02.

I. Landgericht Halle a. S.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Gründe:

„Durch Beschluß des Landgerichts ... wurde auf Antrag des Rittmeisters v. H. und dessen Ehegattin eine einstweilige Verfügung dahin erlassen, daß der Pächterin Wwe. Pf. und deren Kindern die Entfernung von Feldfrüchten vom Pachtgute untersagt, und die Räumung des Pachtgutes und die Rückgewährung desselben an die

Antragsteller aufgetragen wurde. Auf Antrag der Antragsgegner wurde durch Beschluß desselben Gerichts ... der Vollzug der einstweiligen Verfügung gegen eine von der Wwe. Pf. zu leistende Sicherheit von 3000 ℳ gehemmt.

Auf sofortige Beschwerde der Antragsteller wurde durch Beschluß des Oberlandesgerichtes ... der angefochtene Beschluß als unzulässig aufgehoben. Durch Urteil des Landgerichts ... wurde sodann die einstweilige Verfügung ... aufgehoben. Dem hierauf von den Antragsgegnern auf Anordnung der Rückzahlung der hinterlegten 3000 ℳ gestellten Antrage ... wurde durch Beschluß des Landgerichts ... entsprochen. Auf die sofortige Beschwerde der Antragsteller wurde jedoch dieser Beschluß ... durch Beschluß des Oberlandesgerichts ... aufgehoben, und der Antrag auf Anordnung der Rückzahlung zurückgewiesen. Gegen diesen ... Beschluß haben nun die Rechtsanwälte Sch. und Dr. F. im Namen der Antragsgegner weitere sofortige Beschwerde eingelegt.

Die in der gesetzlichen Form und Frist eingelegte Beschwerde ist zwar gemäß §§ 109 und 577 Abs. 2 C.P.O. zulässig, jedoch nicht begründet.

Das Oberlandesgericht hat den zuletzt angefochtenen Beschluß des Landgerichts ... wegen Mangels der Einhaltung der Vorschriften des § 109 Abss. 1. 2 C.P.O. aufgehoben. Der Beschluß des Landgerichts ist daraufhin erlassen, daß die Veranlassung der Sicherheitsleistung weggefallen ist. Gemäß des § 109 C.P.O. hat, wenn die Veranlassung für eine Sicherheitsleistung weggefallen ist, das Gericht, das die Bestellung der Sicherheit angeordnet oder zugelassen hat, eine Frist zu bestimmen, binnen welcher ihm die Partei, zu deren Gunsten die Sicherheit geleistet ist, die Einwilligung in die Rückgabe der Sicherheit zu erklären oder die Erhebung der Klage wegen ihrer Ansprüche nachzuweisen hat. Nach Ablauf der Frist hat sodann das Gericht auf Antrag die Rückgabe der Sicherheit anzuordnen, wenn nicht inzwischen die Erhebung der Klage nachgewiesen ist.

Wenn nun auch der den Vollzug hemmende Beschluß auf irrtümlicher Anwendung des Gesetzes beruhte, so war doch durch eine richterliche Verfügung eine rechtmäßige Veranlassung zur Sicherheitsleistung gegeben. Die Tatsache, daß dieser Beschluß als unzulässig aufgehoben wurde, ändert daran nichts, daß die Sachlage geschaffen war, welche

der § 109 C.P.O. voraussetzt. Das Verfahren des § 109 C.P.O. ist unterschiedslos für alle Fälle vorgeschrieben, in denen die einmal vorhandene Veranlassung zu einer Sicherstellung weggefallen ist. Auch im vorliegenden Falle kann ein gegen die Einwilligung in die Rückgabe sprechendes Interesse vorliegen.

Die eingelegte Beschwerde war daher als unbegründet zurückzuweisen." ...

---

29. 1. Besteht zur Zeit in Elsaß-Lothringen ein oberster Verwaltungsgerichtshof im Sinne des § 11 Abs. 2 Ziff. 2 Einf.-Ges. zum G.V.G. und ist insbesondere der Kaiserliche Rat in Elsaß-Lothringen als solcher anzusehen?

2. Bestehen zur Zeit in Elsaß-Lothringen landesgesetzliche Bestimmungen, nach welchen die Verfolgung der Landesverwaltungsbeamten wegen Amtshandlungen an die im § 11 Abs. 2 Einf.-Ges. zum G.V.G. vorgesehene Vorentscheidung gebunden ist?

II. Civilsenat. Beschl. v. 1. Juli 1902 i. S. S. w. D. Rep. II. T. B. 31/02.

In dem Civilprozeß des Wirtes S. gegen den Polizeipräsidenten D. wegen Entschädigung hat auf Antrag des Bezirkspräsidenten zu Kolmar im Elsaß der II. Civilsenat des Reichsgerichts in der Sitzung vom 1. Juli 1902 Vorentscheidung dahin abgegeben:

Es wird festgestellt, daß der Kaiserl. Polizeipräsident Dr. D. durch Erlaß des Beschlusses vom 8. August 1900 sich einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse nicht schuldig gemacht hat.

Gründe:

„Unterm 8. August 1900 erließ Dr. D. in seiner Eigenschaft als Polizeidirektor folgenden Beschluß:

„Auf Grund der §§ 33 Abs. 2 Ziff. 1 und 53 Abs. 2 Gew.O., des Dekretes vom 29. Dezember 1851 und des § 4 Einf.-Ges. zur Gewerbeordnung vom 27. Februar 1888 wird die sofortige Schließung der von Johann Baptist S. in dem Hause Ecke der

Wagner- und Strohgasse hierselbst betriebenen Schankwirtschaft hiermit angeordnet. Der Schankwirt S. hat sonach seinen Wirtschaftsbetrieb sofort einzustellen."

Der Beschluß wurde auf Rekurs des S. durch Entscheidung des Bezirksrates des Oberelsaß vom 10. Januar 1901 mit der Begründung aufgehoben, daß die Schließung der Wirtschaft wegen der Annahme erfolgt sei, daß S. das Wirtschaftsgewerbe zur Förderung der Unsittlichkeit mißbraucht habe, ein Beweis hierfür sich aber in der Verhandlung vor dem Bezirksrate nicht ergeben habe. Am 17. April 1902 wurde dem Polizeipräsidenten Dr. D. eine Klage des S. zugestellt, in welcher Verurteilung des ersteren zur Zahlung einer Entschädigung von 8508,43 ℳ beantragt wurde, weil derselbe in Ausübung der ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt durch ungerechtfertigte Schließung seiner Wirtschaft ihm einen Schaden in der angegebenen Höhe zugefügt habe. Der Kaiserliche Bezirkspräsident zu Kolmar im Elsaß stellte zunächst bei dem Kaiserlichen Rat in Elaß-Lothringen und sodann, nachdem dieser durch Beschluß vom 26. April 1902 sich für unzuständig erklärt hatte, bei dem Reichsgericht Antrag auf Vorentscheidung. Dem Antrage war zu entsprechen.

Gemäß § 11 Abs. 2 Ziff. 2 Einf.-Ges. zum Gerichtsverfassungsgesetze vom 27. Januar 1877 sind die landesgesetzlichen Vorschriften, durch welche die Verfolgung der Beamten an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden ist, mit der Maßgabe aufrecht erhalten, daß in den Bundesstaaten, in welchen ein oberster Verwaltungsgerichtshof besteht, die Vorentscheidung diesem, in den anderen Bundesstaaten dem Reichsgericht zusteht. In dem Reichslande Elsaß-Lothringen ist ein oberster Verwaltungsgerichtshof im Sinne des bezogenen § 11 nicht vorhanden. Insbesondere ist als solcher der daselbst bestehende Kaiserliche Rat, wie derselbe durch seine Unzuständigkeitserklärung vom 26. April 1902 bestätigt hat, deshalb nicht anzusehen, weil die Zuständigkeit desselben auf bestimmte durch die Gesetzgebung ihm zugewiesene Angelegenheiten beschränkt ist und in Elsaß-Lothringen eine Vorschrift nicht besteht, nach welcher allgemein gegen Verwaltungshandlungen, in denen eine Verletzung von Rechten erblickt wird, die Anrufung der Verwaltungsgerichte zugelassen und der Kaiserliche Rat auf dem Gesamtgebiete der Verwaltungsgerichtsbarkeit als oberste Instanz zur Rechtsprechung berufen wäre. Die gleiche Auffassung

ist in dem Urteil des gegenwärtig entscheidenden Senats vom 10. Juni 1881,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 48 flg.,

zum Ausdrucke gelangt und auch durch den I. Strafsenat des Reichsgerichts dadurch zu erkennen gegeben, daß er in den Beschlüssen vom 26. September 1887 und vom 2. November 1899,

Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 16 S. 197 flg. und Bd. 32 S. 322 flg.,

Vorentscheidungen über Beamte von Elsaß-Lothringen erlassen hat. Das Reichsgericht, und zwar nach der Geschäftsverteilung desselben der II. Civilsenat, erscheint demnach für die beantragte Vorentscheidung zuständig. Die Zulässigkeit derselben hängt nach § 11 Abs. 2 Einf.-Ges. zum G.V.G. davon ab, ob in Elsaß-Lothringen eine Vorschrift besteht, durch welche die Verfolgung der Beamten an die Vorentscheidung einer besonderen Behörde gebunden ist. Zur Zeit der Vereinigung des Reichslandes mit Deutschland war dort noch der Art. 75 der Verfassung vom 22. Frimaire des Jahres VIII der französischen Republik in Geltung, der die Verfolgung der öffentlichen Verwaltungsbeamten von der Zulassung der Klage durch den Staatsrat abhängig machte. Es war streitig, ob diese Bestimmung durch den § 13 des durch Gesetz vom 31. Dezember 1873 auf Landesbeamte von Elsaß-Lothringen für anwendbar erklärten Reichsbeamtengesetzes vom 31. März 1873 beseitigt worden sei, nach welchem jeder Reichsbeamte für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich ist. Nach dem Beschlusse des Reichsgerichts vom 2. November 1899,

Entsch. des R.G.'s in Straff. Bd. 32 S. 322 flg.,

hatte der Art. 75 der Verfassung vom 22. Frimaire VIII infolge der Einführung des Reichsbeamtengesetzes in Elsaß-Lothringen seine Gesetzeskraft verloren. Es stand jedoch zufolge der Vorschrift des § 11 Abs. 2 Einf.-Ges. zum G.V.G. in der Macht der Landesgesetzgebung von Elsaß-Lothringen, die Verfolgung der Beamten durch eine neue Vorschrift nach Maßgabe des bezogenen § 11 Abs. 2 von einer Vorentscheidung des Reichsgerichts abhängig zu machen. Dies ist durch § 39 des Gesetzes, betreffend die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Elsaß-Lothringen, vom 17. April 1899 (Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen 1899 S. 43) geschehen, in welchem bestimmt ist, daß, wenn ein Beamter wegen einer Handlung, die er in Ausübung der

ihm anvertrauten öffentlichen Gewalt vorgenommen hat, civilrechtlich oder strafrechtlich verfolgt wird, die vorgesetzte Behörde befugt ist, die im § 11 Abs. 2 Einf.-Ges. zum G.V.G. vom 27. Januar 1877 bezeichnete Vorentscheidung zu verlangen. Danach unterliegt die Zulässigkeit der von der vorgesetzten Behörde des Beklagten, dem Bezirkspräsidenten zu Kolmar, beantragten Vorentscheidung keinem Bedenken.

Die infolge des Antrages auf Vorentscheidung erforderliche Prüfung des Reichsgerichts ist nach § 11 Abs. 2 Ziff. 1 des mehrfach bezogenen Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetze auf die Feststellung beschränkt, ob der Beklagte sich durch Erlaß des Beschlusses vom 8. August 1900 einer Überschreitung seiner Amtsbefugnisse schuldig gemacht hat. Ob nach dem gemäß § 4 des Gesetzes, betreffend die Einführung der Gewerbeordnung in Elsaß-Lothringen, vom 27. Februar 1888 (Gesetzblatt S. 57) noch anwendbaren, im Beschlusse vom 8. August 1900 mit angeführten Art. 2 des Dekretes vom 29. Dezember 1851 durch die im Beschlusse nicht festgestellten tatsächlichen Verhältnisse die Schließung der Wirtschaft des Klägers S. gerechtfertigt war, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls ergibt sich die formelle Befugnis des Beklagten zu dieser Maßregel aus § 16 Abs. 1 der Verordnung, betreffend Einführung der Gewerbeordnung in Elsaß-Lothringen, vom 24. Dezember 1888 (Gesetzblatt für Elsaß-Lothringen S. 101), nach welchem über die nicht auf Grund der Bestimmung des bezogenen § 4 Einf.-Ges. vom 27. Februar 1888 erfolgende Zurücknahme der Erlaubnis zu dem in § 33 Gew.O. bezeichneten Betriebe der Schankwirtschaft in erster Instanz der „Kreisdirektor (Polizeidirektor)" entscheidet. Die Gründe der in dieser Beziehung von dem Beklagten getroffenen Entscheidung sind trotz der im § 24 der Verordnung, betreffend die Einführung der Gewerbeordnung in Elsaß-Lothringen, vom 24. Dezember 1888 hierüber erlassenen Vorschrift in dem Beschlusse vom 8. August 1900 nicht angegeben. Nach der Sachlage steht aber fest, daß dem Beschluß die Annahme zu Grunde gelegen hat, daß der Kläger das von ihm ausgeübte Gewerbe zur Förderung der Unsittlichkeit mißbrauche, welche Annahme nach den im Beschlusse angeführten §§ 53 Abs. 2 und 33 Abs. 2 Ziff. 1 Gew.O. geeignet war, die Zurücknahme der nach § 33 Abs. 1 Gew.O. erforderlichen Erlaubnis zum Betriebe der Schankwirtschaft und demgemäß die Schließung der Wirtschaft des Klägers

zu rechtfertigen. Vor dem Erlaß des Beschlusses vom 8. August 1900 war der Kläger über die Anschuldigung, durch seinen Wirtschaftsbetrieb die Unzucht gefördert zu haben, verantwortlich vernommen worden. Auch sonstige Vernehmungen und polizeiliche Ermittelungen hatten stattgefunden. Indem der Beklagte aus dem Ergebnisse der Ermittelungen die Überzeugung davon, daß der Kläger sein Gewerbe zur Förderung der Unsittlichkeit mißbrauche, schöpfte und deshalb die Schließung der Wirtschaft verfügte, befand er sich in der rechtmäßigen Ausübung seiner amtlichen Befugnisse. Er war durch sein Amt verpflichtet, nach bestem Können die gegebene Sachlage zu beurteilen, und wenn er bei der Beurteilung des Beweisergebnisses geirrt haben sollte, was nach der von dem Bezirksrat in der Rekursinstanz getroffenen Entscheidung möglich, aber nicht gewiß ist, so würde dadurch seine amtliche Handlungsweise nicht als eine gesetzwidrige erscheinen. Hiernach hat der Beklagte durch seinen Beschluß vom 8. August 1900 die Grenzen seiner amtlichen Befugnisse nicht überschritten und war in diesem Sinne die beantragte Vorentscheidung zu erlassen."

---

30. Geht eine unter der Herrschaft des bisherigen Rechts eingetragene Kautionshypothek mit dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts auch insoweit auf den Eigentümer des Grundstücks über, als sie über einen Betrag bestellt worden ist, den die ihrer Höhe nach begrenzte sicherzustellende Forderung überhaupt nicht erreichen konnte?

B.G.B. §§ 1163. 1177. 1190.
Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 192 Abs. 1.

V. Civilsenat. Urt. v. 2. Juli 1902 i. S. Th. (Bekl.) u. der Firma K. & Z. (Nebenintervent.) w. Z. u. Gen. (Kl.). Rep. V. 158/02.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Auf einem früher dem Beklagten gehörigen Grundstücke stand aus der notariellen Schuldurkunde vom 27. September 1898 in Abt. III. unter Nr. 6 für den Frankfurter Hypotheken-Kreditverein eine Dar-

lehnshypothek von 165000 ℳ eingetragen. Das Darlehn sollte 10 Jahre unkündbar sein, die Gläubigerin hatte sich aber für gewisse — in der Urkunde näher bezeichnete — Fälle das Recht vorbehalten, die vorzeitige sofortige Rückzahlung des Darlehns fordern zu dürfen. Für den Fall, daß sie von diesem Rechte Gebrauch machen sollte, hatte sich der Beklagte ihr gegenüber zur Zahlung einer Konventionalstrafe von 1 Prozent des Darlehnskapitals, also zur Zahlung von 1650 ℳ verpflichtet und zugleich für diese Konventionalstrafe mit demselben Grundstück Sicherheit bestellt. Infolgedessen wurde auf letzterem in Abt. III unter Nr. 7 eine Kautionshypothek für den Kreditverein eingetragen, aber in Höhe von 3300 ℳ, also um 1650 ℳ zu viel. Beide Hypotheken gelangten am 3. Oktober 1898 zur Eintragung. In der Rangordnung nach ihnen hafteten Posten für die Kläger, und zwar für den Kläger Z. 17500 ℳ und ihm wieder in der Rangordnung nachstehend für den Kläger F. 4500 ℳ.

Das Grundstück kam im Jahre 1901 zur Zwangsversteigerung. Bei der Verteilung des Erlöses fiel der Kläger Z. mit 876,52 ℳ und der Kläger F. mit seiner ganzen Forderung aus, während der Frankfurter Hypotheken-Kreditverein die Darlehnshypothek von 165000 ℳ voll und auf die Sicherungshypothek nur die Konventionalstrafe in Höhe von 1650 ℳ liquidierte, mit beiden Liquidaten auch zum Zuge gelangte. Die von dem Kreditverein nicht liquidierten 1650 ℳ, welche somit von der Kautionshypothek frei wurden, liquidierte nun der Beklagte mit der Begründung, daß sie in dieser Höhe zur Eigentümerhypothek geworden sei. Hiergegen erhoben die Kläger Widerspruch und nahmen das Liquidat für sich in Anspruch. Es wurde infolge dessen als Streitmasse hinterlegt, und mittels der erhobenen Klage verfolgten die Kläger ihren Widerspruch vor dem Prozeßrichter. Der erste Richter wies die Klage ab; dagegen erklärte der Berufungsrichter den Widerspruch der Kläger für begründet und sprach die Streitmasse ihnen zu. Die hiergegen von der Nebenintervenientin eingelegte Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Der Berufungsrichter geht in Übereinstimmung mit der Judikatur des Reichsgerichts (Entsch. dess. in Civils. Bd. 49 S. 163) davon aus, daß auch die unter der Herrschaft des frühern Rechts entstandenen Kautionshypotheken mit dem Zeitpunkte, an welchem das neue

Liegenschaftsrecht für das mit ihnen belastete Grundstück in Kraft trat, zu Sicherungs- (Maximal-) Hypotheken im Sinne des § 1190 B.G.B. geworden sind. Daraus würde an sich folgen, daß sie von diesem Zeitpunkt ab die Fähigkeit erlangt haben, sich in eine Eigentümergrundschuld in Höhe desjenigen Betrages zu verwandeln, zu welchem auf sie für den Gläubiger eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt ist (§§ 1163. 1177 B.G.B.). Der Berufungsrichter leugnet dies aber für die hier in Frage stehende Kautionshypothek, soweit sie den Betrag von 1650 ℳ übersteigt, weil er annimmt, daß sie überhaupt nur in Höhe von 1650 ℳ rechtlich existent geworden sei. Er spricht es zwar nicht direkt aus, aber seine Ausführungen lassen sich nur dahin verstehen, daß er die Kautionshypothek, soweit sie den Betrag von 1650 ℳ übersteigt, für nichtig erachtet. Denn der Berufungsrichter führt aus, daß es rechtlich unmöglich sei, „für eine in ihrer Höhe limitierte Forderung eine über deren Betrag hinausreichende Kautionshypothek zu bestellen", und er stellt fest, daß dies der Beklagte auch nicht gewollt habe, daß vielmehr die Kautionshypothek insoweit „auch nach dem erklärten Willen des Konstituenten nicht entstehen sollte". In beiden Beziehungen tritt ihm die Revision entgegen. Die erstere Erwägung bezeichnet sie als rechtsirrtümlich, und sie behauptet, daß von diesem Rechtsirrtum auch die letztgedachte Feststellung des Berufungsrichters beeinflußt sei. Dieser Angriff der Revision ist verfehlt.

Als richtig wird man anerkennen müssen, daß die Feststellung des Berufungsrichters, wonach die Kautionshypothek „auch nach dem erklärten Willen des Konstituenten" über den Betrag von 1650 ℳ hinaus nicht entstehen sollte, im Zusammenhange steht mit seiner Annahme, daß es rechtlich unmöglich oder — wie er vorher sagt — sinnwidrig sei, eine Kautionshypothek zu einem höheren Betrage zu bestellen, als auf welchen die sicherzustellende Forderung von vornherein limitiert ist. Zwar wird diese Feststellung an einer anderen Stelle der Entscheidungsgründe auch auf „den in der Eintragungsformel beurkundeten und daher entscheidenden Willen des Eigentümers" gegründet; aber dadurch ändert sich nichts. Denn auch die Eintragungsformel, die nach dem Tatbestande des Berufungsurteils in der bei den Akten befindlichen Abschrift des Grundbuchsblattes vorgelegen hat, ergibt, daß eine Hypothek von „3300 ℳ Kaution wegen der

Konventionalstrafe von einem Prozent des vorstehend zu 6 angegebenen Darlehnskapitals" bewilligt worden ist. Wenn also die Eintragungsbewilligung, wie man hiernach annehmen muß, der Eintragungsformel entsprochen hat, so muß sie dahin gegangen sein, daß der Beklagte die Eintragung einer Kautionshypothek zum Betrage von 3300 ℳ wegen der Konventionalstrafe von einem Prozent des Darlehnskapitals von 165000 ℳ bewilligt hat, und es bleibt also immer noch die Frage zu entscheiden, ob mit der dieser Bewilligung entsprechenden Eintragung eine Kautionshypothek von 3300 ℳ, oder eine solche von nur 1650 ℳ zur Entstehung gelangt ist. Wäre diese Frage nach dem jetzt geltenden Rechte zu entscheiden, wie die Revision anzunehmen scheint, so würde es darauf ankommen, wohin „die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils" (§ 873 B.G.B.) gegangen ist; denn das jetzige Recht hat die Entstehung des dinglichen Rechts von dem zu Grunde liegenden Kaufalgeschäft dadurch losgelöst, daß es auf die „Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung" — wofern zu ihr die Eintragung tritt — das entscheidende Gewicht legt, mag diese Einigung mit dem Kaufalgeschäft übereinstimmen oder nicht.

Vgl. Turnau-Förster, Bd. 1 zu § 873 S. 86. 87 unter Nr. 5. S. 95 unter Nr. 6.

Aber für die Entstehung der Hypothek kann nicht das heute geltende, sondern nur dasjenige Recht entscheidend sein, unter dessen Herrschaft die Hypothek durch Eintragung zur Entstehung gelangt sein soll. Ist diese Eintragung aus irgend einem Grunde nichtig und hat sie daher nicht die Wirkung gehabt, eine Hypothek entstehen zu lassen, so handelt es sich nicht um ein „bestehendes Pfandrecht" im Sinne des Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B.

Nach früherem Recht entstand nun zwar die Hypothek „durch die Eintragung im Grundbuch" (§ 18 Eig.-Erw.-Ges. vom 5. Mai 1872), aber es war anerkannten Rechtens, daß damit eine Eintragung gemeint war, die — sofern ihr eine Eintragungsbewilligung des eingetragenen Eigentümers zu Grunde lag (§ 19 Nr. 1 das.) — eine gültige Eintragungsbewilligung voraussetzte.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 23 S. 271; Turnau, Preußische Grundbuchordnung S. 705.

War die Eintragungsbewilligung ungültig, so entstand auch ein Hypothekenrecht trotz der erfolgten Eintragung nicht. Damit rückt nun die Frage daraufhin, die Eintragungsbewilligung des Beklagten ins Auge zu fassen und bezüglich ihrer zu entscheiden, in welcher Höhe sie gültig ist. Dabei darf das zu Grunde liegende Kaufalgeschäft nicht gänzlich außer Betracht bleiben. Denn nach früherem Rechte kommt die Eintragungsbewilligung und ihre Annahme von der anderen Seite nicht als selbständige Einigung in Betracht, sondern sie steht im Zusammenhange mit dem Kaufalgeschäft und findet in ihm ihre Begrenzung. Geht sie über das Kaufalgeschäft hinaus, so ist sie perplex: der Grundstückseigentümer, der für ein Darlehn von 500 ℳ die Eintragung einer Hypothek in Höhe von 1000 ℳ bewilligt, handelt insoweit perplex oder — wie der Berufungsrichter sagt — „zweck- und sachwidrig und deshalb sinnwidrig", als seine Bewilligung in dem zu Grunde liegenden Kaufalgeschäft keine Erklärung findet. Wenn der Berufungsrichter eine solche Bewilligung, soweit sie perplex ist, für ungültig erachtet, so ist dies nicht rechtsirrtümlich; das Allgemeine Landrecht hat zwar die Hinfälligkeit einer Willenserklärung „welche ganz unverständlich ist" (§ 132 I. 4), nur hinsichtlich der „Bedingungen" ausgesprochen (vgl. auch § 64 A.L.R. I. 12), es unterliegt aber keinem Zweifel, daß damit ein allgemeingültiger und für alle Willenserklärungen zutreffender Rechtssatz gerade nur in spezieller Beziehung auf die „Bedingungen" hat zur Anwendung gebracht werden sollen (vgl. auch Mot. zum B.G.B. Bd. 1 S. 267). Ist aber die Eintragungsbewilligung ungültig, so ist — soweit diese Ungültigkeit reicht — auch die auf Grund derselben eingetragene Hypothek nicht entstanden. Es ist daher nicht — wie die Revision meint — rechtsirrtümlich, sondern richtig, wenn der Berufungsrichter sagt, daß die Hypothek mit dem überschießenden Betrage von 1650 ℳ das Grundstück „nie belastet" hat. Daß es in dieser Beziehung keinen Unterschied macht, ob es sich um eine gewöhnliche oder um eine Kautionshypothek handelt, bedarf keiner besonderen Begründung, wofern nur — wie dies hier der Fall ist — die durch die Kautionshypothek sicherzustellende Forderung einen bestimmten Betrag nicht übersteigen konnte.

Nun meint allerdings die Revision, es sei eine durch nichts begründete Annahme, daß die Hypothek in Höhe der hier fraglichen —

also der überschießenden — 1650 ℳ nie habe valutiert werden können. Sie wirft die Frage auf, wie es denn stände, wenn die Kontrahenten davon ausgingen, daß die Konventionalstrafe zweimal verfallen konnte, oder daß auch Verzugszinsen derselben seit Verfall zu sichern waren; sie hält es auch nicht für ausgeschlossen, daß die für gewisse Fälle vereinbarte Zinserhöhung um ein Prozent bei der Wahl des Höchstbetrages mitgewirkt hat. Aber mit dem Hinweis auf diese Möglichkeiten verrückt die Revision zugleich die vom Berufungsrichter festgestellte tatsächliche Grundlage. Nach ihr steht es fest, daß die Kaution in Höhe von 3300 ℳ bewilligt worden ist „wegen der Konventionalstrafe von einem Prozent des vorstehend zu 6 angegebenen Darlehnskapitals". Hierin findet der Berufungsrichter eine Limitierung auf 1650 ℳ in dem Sinne, daß mehr der Beklagte nicht habe bewilligen wollen, und dies muß die Revision gelten lassen. Sie muß es umsomehr, als die Parteien schon in erster Instanz, wie das Landgericht in seinen Entscheidungsgründen konstatiert, darüber einig waren, daß „im Rahmen der streitigen Kautionshypothek von 3300 ℳ eine Forderung auf Grund des ihr zu Grunde liegenden Schuldverhältnisses in Höhe von 1650 ℳ nicht zur Entstehung gelangen konnte".

Hiernach ist die Annahme des Berufungsrichters, daß die Kautionshypothek überhaupt nur in Höhe von 1650 ℳ rechtlich zur Entstehung gelangt ist, zutreffend. Ist dies aber der Fall, so bleibt für die Umwandlung in eine Eigentümerhypothek kein Substrat übrig, weil ein Recht, welches sich umwandeln könnte, nicht vorhanden ist. Der Fall liegt dann ähnlich dem von dem erkennenden Senat durch Urteil vom 21. Juni 1902 (i. S. J. w. J. Konkurs, Rep. V. 132/02) entschiedenen, in welchem dargelegt worden ist, daß eine bei dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts zwar noch nicht gelöschte Kautionshypothek, bezüglich deren es aber feststeht, daß aus ihr bis zum Inkrafttreten des neuen Rechts eine Forderung nicht entstanden ist und auch nachher nicht mehr entstehen konnte, sich nicht in eine Eigentümergrundschuld verwandelt, weil sie nur ein Scheinrecht, nicht aber ein bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 Abs. 1 Einf.-Ges. zum B.G.B. ist, und daß bezüglich ihrer der Eigentümer nur die Löschung verlangen kann. Dasselbe gilt auch hier; der Beklagte war nicht befugt, den überschießenden Betrag von

1650 ℳ als eine ihm zuständig gewordene Eigentümerhypothek zu liquidieren, und daraus ergibt sich ohne weiteres, daß der Berufungsrichter die Streitmasse mit Recht den Klägern zugesprochen hat." ...

---

31. Wer „hält" ein Tier im Sinne des § 833 B.G.B.?

VI. Civilsenat. Urt. v. 3. Juli 1902 i. S. Gewerksch. Konsol. Abendröte (Bekl.) w. K. (Kl.). Rep. VI. 127/02.

I. Landgericht Schweidnitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Am 23. Dezember 1900 fuhr der Bergverwalter H. von N.-H. nach W. unter Benutzung von zwei der verklagten Gewerkschaft gehörigen Pferden. Diese wurden unterwegs scheu, sprangen auf den Bürgersteig und rissen den dort gehenden Kläger nieder. Derselbe erlitt durch den über ihn hinweggehenden Wagen erhebliche Verletzungen und verlangte Ersatz des ihm hierdurch erwachsenen Schadens von der Beklagten. Seine Klage wurde vom Landgerichte abgewiesen, auf seine Berufung aber in zweiter Instanz dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Die Revision macht geltend, daß die Beklagte für den dem Kläger erwachsenen Schaden nicht aufzukommen habe, weil der Bergverwalter H. die Pferde eigenmächtig in seinem Privatinteresse benutzt, und bei dieser Gelegenheit sich der Unfall des Klägers ereignet habe. Dieser Ansicht kann nicht beigetreten werden.

Nach § 833 B.G.B. haftet in dem Falle, daß durch ein Tier ein Mensch körperlich verletzt wird, derjenige, der das Tier hält, dem Verletzten für den ihm entstandenen Schaden. Daraus folgt allerdings, daß, wie die Revision meint, nur derjenige haftbar ist, welcher im Augenblicke der Schadenszufügung Tierhalter war. Es ist aber nicht richtig, daß Beklagte dies zur Zeit des Unfalls des Klägers nicht gewesen sei.

Das Gesetz enthält keine Bestimmung darüber, wer im Sinne des § 833 als Tierhalter anzusehen sei. Es muß deshalb geprüft werden, was nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche unter „Halten eines Tieres" verstanden wird. Nach diesem ist derjenige für den Halter des Tieres zu erachten, der in eigenem Interesse durch Gewährung von Obdach und Unterhalt die Sorge für das Tier übernommen hat, und zwar nicht bloß zu einem ganz vorübergehenden Zwecke, sondern auf einen Zeitraum von einer gewissen Dauer.

Die Pferde, durch welche die Verletzung des Klägers herbeigeführt ist, standen nun im Eigentume der Beklagten, wurden von ihr unterhalten und von ihr im eigenen Interesse benutzt. Sie war also diejenige, welche die Tiere hielt. Nun war allerdings der Verwalter H., der die Oberaufsicht über die Pferde und Gespanne der Beklagten zu führen hatte, am 23. Dezember 1900 nachmittags, als der Kläger verletzt wurde, in seinem Privatinteresse mit den Pferden der Beklagten nach W. gefahren, obwohl er hierzu ohne Genehmigung des Vorstandes der Gewerkschaft nicht befugt war. Durch eine solche Verfügung über die Pferde zu einem ganz vorübergehenden Zwecke wurde aber H., der formell zu bestimmen hatte, was mit den Pferden der Beklagten zu geschehen habe, nicht selbst Tierhalter, wenn er auch sachlich gegen die ihm erteilten Vorschriften verstoßen hatte. Ebensowenig kann gesagt werden, daß die Pferde während der Fahrt des H. nach W. von niemandem gehalten wurden. Denn H. wollte auch während dieser Zeit im Interesse der Beklagten für die Pferde sorgen. Dieselben waren also auch während der erwähnten Fahrt nicht sich selbst überlassen, sondern wurden von jemandem gehalten, und als Halterin der Pferde kann nur die Beklagte angesehen werden.

Die Ansicht Dernburgs (Bürgerliches Recht Bd. 2 § 397 III), daß derjenige Tierhalter sei, der das Tier in unmittelbarem Besitze hat, führt zu keinem anderen Ergebnisse. Die Beklagte war vor der bezeichneten Fahrt im unmittelbaren Besitze der Pferde, da H., als ihr Bergverwalter, die tatsächliche Gewalt über die Pferde für sie in ihrem Erwerbsgeschäfte ausübte und ihren Weisungen Folge zu leisten hatte (§ 855 B.G.B.). Durch die Verwendung der Pferde zu einer von H. im eigenen Interesse unternommenen Fahrt nach W. wurde sie aber höchstens vorübergehend an der Ausübung der tatsächlichen Gewalt verhindert, ihr Besitz also nicht beendet (§ 856 Abs. 2 a. a. O.).

Auch die Ausführung Plancks (Kommentar Bem. 2c zu § 833) steht der Revision nicht zur Seite. Denn wenn nach derselben der Tierhalter von der Haftung frei werden soll, wenn ihm das Tier durch Diebstahl oder sonstwie entzogen wird, so hat H. der Beklagten die Pferde doch nicht entzogen und nicht entziehen wollen, dieselben vielmehr nur vorübergehend für sich benutzt und sodann der Beklagten für ihre Zwecke wieder zur Verfügung gestellt, und hat dies von Anfang an beabsichtigt." . . .

---

32. Welches Recht ist maßgebend, wenn eine unerlaubte Handlung zwar vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches begangen worden, der Erfolg aber erst unter der Herrschaft des letzteren eingetreten ist?

VI. Civilsenat. Urt. v. 3. Juli 1902 i. S. Kl. (Kl.) w. O. Wwe. (Bekl.). Rep. VI. 126/02.

I. Landgericht Stettin.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Beklagte hatte laut schriftlichen Vertrages vom 24. September 1898 vom Kläger in dessen Hause einen Laden mit Wohnung gegen einen monatlichen Mietzins von 265 ℳ für die Zeit vom 1. April 1899 bis zum 1. April 1902 gemietet. In der Nacht vom 2. auf den 3. Januar 1900 brach in dem Laden ein Brand aus. Nach Verhandlungen unter den Parteien über die Zahlung rückständiger Mietzinse und die Wiederherstellung der Brandschäden verließ die Beklagte am 1. April 1900 die Mieträume, ohne den für die Monate Januar, Februar und März 1900 rückständigen Mietzins von 795 ℳ an den Kläger zu bezahlen. Der Kläger erhob daher Klage gegen die Beklagte auf Zahlung der rückständigen Mietzinse; die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und erhob Widerklage auf Bezahlung von 6585,43 ℳ als Ersatz von Brandschäden.

Das Landgericht erachtete den Klag- und den Widerklaganspruch nicht für begründet. Das Berufungsgericht erklärte die Klage und

die Widerklage für gerechtfertigt und verwies die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den Betrag der streitigen Ansprüche an das Gericht erster Instanz zurück.

Auf die Revision des Klägers ist das Berufungsurteil insoweit aufgehoben, als die Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen worden war. In diesem Umfange ist die Zurückverweisung der Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht erfolgt.

Aus den Gründen:

... „Das Berufungsgericht erachtet auf Grund der Artt. 170. 171 Einf.-Ges. zum B.G.B. für das streitige Mietverhältnis die Bestimmungen des preußischen Allgemeinen Landrechts für maßgebend. Es hält hiernach die Forderung des Mietzinses für die Monate Januar, Februar und März dem Grunde nach für gerechtfertigt, da durch die Tatsache der Benutzung die Behauptung der gänzlichen Unbrauchbarkeit widerlegt sei. Dagegen erachtet es auch die Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt, insoweit sie auf der Geltendmachung eines Minderungsanspruches beruht, und führt insbesondere aus, daß die Beklagte durch ein von ihr am 9. Januar 1900 abgegebenes Zahlungsversprechen ihre Ansprüche auf Instandsetzung der gemieteten Räume und auf Schadensersatz wegen der Nichterfüllung der in dieser Beziehung begründeten Verpflichtung des Vermieters nicht verloren habe. Es stellt ferner fest, daß der Kläger die das Geschäft und die Gesundheit der Beklagten benachteiligenden Brandschäden trotz seiner Kenntnis derselben nicht beseitigt habe, und erklärt ihn deshalb für schadensersatzpflichtig. Es erachtet ihn aber auch für allen der Beklagten durch den Brand zugegangenen Schaden für haftbar, da er ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt habe, durch dessen Beobachtung der Schaden hätte vermieden werden können. Gemäß des § 73 der Bauordnung und Bau-Polizeiordnung für die Stadt Stettin vom 12. August 1897 dürften eiserne Öfen nur in einer Entfernung von 60 Centimeter von allem Holzwerke gesetzt werden, der Fußboden sei rings um dieselben in einer Breite von 50 Centimeter mit Eisenblech oder Fliesen zu belegen, das eiserne Rauchrohr gehörig zu ummänteln. Das Berufungsgericht stellt nun ferner fest, daß der eiserne Ofen in dem vermieteten Laden nicht ringsum ein vorschriftsmäßiges Eisenblech

unter sich gehabt habe, und auch das Rauchrohr nicht ummäntelt gewesen sei, sowie daß der Kläger den ordnungswidrigen Zustand gekannt habe. Es hält ferner für erwiesen, daß ein den polizeilichen Anforderungen entsprechendes Eisenblech selbst vor dem Ofen nicht vorhanden gewesen sei. Nach dem Ergebnisse der Beweisführung findet dagegen das Berufungsgericht keine greifbaren Anhaltspunkte dafür, daß bei der Entstehung des der Beklagten durch den Brand zugegangenen Schadens ein Verschulden der Beklagten mitgewirkt hätte. Wäre dies auch der Fall, so würde es nach der Ansicht des Berufungsgerichtes dem Kläger nichts nützen. Da er sich in der Ausübung einer nach § 26 A.L.R. I. 6 unerlaubten Handlung befunden habe, so trete gegen ihn nach § 25 I. 6 die Vermutung ein, daß ein bei solcher Gelegenheit entstandener Schaden, d. h. ein Schaden, der in nahem zeitlichen und örtlichen Verhältnisse zu ihr stehe, in seiner Schuld die Ursache gehabt habe. Die Forderung auf Schadensersatz werde auch nicht ausgeschlossen, wenn der Beklagten selbst dabei ein Versehen, möge es auch ein grobes sein, zur Last fiele. Hierbei sei angenommen, daß, auch soweit die unerlaubte Handlung des Klägers in Frage komme, das Allgemeine Landrecht Anwendung finde, obgleich sich der Unfall zur Zeit der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuches ereignet habe, weil es sich einerseits um ein schon unter früherem Rechte beginnendes Zustandsdelikt handle, und andererseits für das ganze Mietverhältnis das frühere Recht maßgebend geblieben sei, soweit nicht besondere unter die Herrschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches fallende Rechtsakte zur Beurteilung stünden. Auch wenn das Bürgerliche Gesetzbuch wegen der unerlaubten Handlung zur Anwendung kommen müßte, wäre nach Ansicht des Berufungsgerichts nicht anders zu entscheiden, da nach § 823 B.G.B. dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens der verpflichtet sei, der gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoße. Der Schaden sei durch das vom Ofen herrührende Feuer verursacht, weil der Kläger den Ofen mit den durch das Polizeigesetz gebotenen Schutzmaßregeln nicht versehen habe. Daß der Beklagten durch den Brand ein Schaden entstanden sei, für den sie durch die Feuerversicherung keinen Ersatz erhalten, sei ohne Bedenken festzustellen.

Die Revision rügt unter anderem . . ., rechtsirrtümlich sei die Anwendung der Bestimmungen der §§ 25. 26 A.L.R. I. 6 und der durch

sie begründeten Rechtsvermutung gegen den Kläger. Insofern sie herangezogen seien, würden die weiteren Feststellungen des Urteiles durch dieselben beherrscht. Die letzteren seien aber auch darin fehlerhaft, daß sie alternativ eine Entstehung des Feuers darin offen ließen, daß aus dem immer offenbleibenden Aschenloche eine glühende Kohle in den Laden gerollt sei. Denn es sei nicht festgestellt, daß das Aschenloch nicht schließbar gewesen sei, oder daß der Verschluß dem Kläger obgelegen habe. Sei die Möglichkeit dieser Entstehung zuzugeben, so sei es für die Frage der Kausalität gleichgültig, ob das Berufungsgericht eine Rechtspflicht der Beklagten, das Aschenloch bei Nacht zu schließen oder die gehörige Entleerung desselben zu bewirken, verneinen zu können glaube. Denn ein besonderes Polizeigesetz, gegen das der Kläger verstoßen haben sollte, sei nicht nachgewiesen. Habe der Kläger einen brauchbaren Ofen gekauft und die Ofenanlage durch zwei an sich geeignete Sachverständige ausführen und kontrollieren lassen, so habe er an sich der landrechtlichen Diligenzpflicht genügt. Die Aussagen der Zeuginnen K. und N. enthielten nichts darüber, daß die Erörterungen der Parteien „angesichts des Ofens", wie das Berufungsgericht annehme, stattgefunden hätten. Die Voraussetzungen des § 59 A.L.R. I. 6 seien daher nicht zureichend festgestellt. Die eventuelle Begründung aus § 823 Abs. 3 B.G.B. sei an sich unzureichend, da sie auf ... fehlerhaften Feststellungen ... und der Heranziehung der Rechtsvermutung beruhe.

Die Revision war als begründet zu erachten.

Die Beklagte hat die Revision nicht eingelegt. Somit ist die Annahme des Berufungsgerichts, daß der Klaganspruch infolge der Benutzung der Mieträume an sich gerechtfertigt sei, der Nachprüfung entzogen.

Der der Beklagten zuerkannte Minderungsanspruch ist unter den Gesichtspunkt des Schadensersatzes gestellt. ...

Den Gegenstand der Widerklage bilden Schadensersatzansprüche wegen Minderwertes der Mieträume, Zerstörung und Verderbs von Waren, Störung des Geschäfts und weiterer hierdurch hervorgerufener Vermögensnachteile.

Hinsichtlich der Wirkung des Brandes stellt das Berufungsgericht ausdrücklich fest, daß der Beklagten durch den Brand ein Schaden entstanden sei, für den sie durch die Feuerversicherung keinen Ersatz

erhalten habe. Es ist nicht recht klar, ob hiermit der ganze Schaden, oder insbesondere der durch die Feuerversicherung nicht gedeckte Verderb von Waren gemeint ist.

Jedenfalls erhebt die Beklagte und Widerklägerin auch Ansprüche, die sich nicht auf die Verpflichtung des Vermieters, die Mieträume in brauchbarem Zustande zu erhalten, gründen ließen. Die erhobenen Ansprüche gründen sich somit teils auf den Mietvertrag, teils auf die dem Kläger zur Last gelegte Vernachlässigung einer Polizeivorschrift und die infolge dieser verursachte Beschädigung. Für das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches auf eine bestimmte Zeit eingegangene Mietverhältnis bleibt gemäß Artt. 170. 171 Einf.-Ges. zum B.G.B. das preußische Allgemeine Landrecht maßgebend.

Vgl. Planck, B.G.B. Bd. 6 S. 281 Bem. 1a Abs. 2.

Soweit also die Schadensersatzansprüche auf die kontraktwidrige Beschaffenheit der Mieträume begründet werden und begründet werden können, greifen die Bestimmungen des preußischen Landrechts Platz. Hiernach konnte die Beklagte nach dem Brande die Instandsetzung der Räume und im Falle des Verschuldens des Klägers Schadensersatz verlangen (§ 273 A.L.R. I. 21, § 360 A.L.R. I. 5). Für den Umfang des zu ersetzenden Schadens wären wiederum die Bestimmungen der §§ 285—291 A.L.R. I. 5 maßgebend.

Für die Begründung der Schadensersatzansprüche aus vertragswidrigem Verhalten, gleichwie der aus einer unerlaubten Handlung erscheint die tatsächliche Feststellung des Kausalzusammenhanges zwischen der dem Kläger zur Last gelegten Vernachlässigung eines Polizeigesetzes und der Entstehung des Brandes von entscheidender Bedeutung.

Daß eine, wie das Berufungsgericht feststellt, mit Strafe bedrohte Zuwiderhandlung gegen eine Polizeiverordnung eine unerlaubte Handlung sowohl im Sinne des § 25 A.L.R. I. 6, als auch des Titels 25 des zweiten Buches des Bürgerlichen Gesetzbuchs bildet, bedarf keiner Erörterung.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 43 S. 195.

Die Übertretung selbst bildet in der Tat ein Dauerdelikt. Sie begann unter der Herrschaft des Allgemeinen Landrechts und setzte sich nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs über den Zeitpunkt der Einführung desselben fort. Der Erfolg, die Beschädi-

gung der Beklagten, trat aber erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs ein.

Darüber, welches Recht maßgebend sein solle, wenn eine unerlaubte Handlung zwar vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs begangen worden, der Erfolg aber erst unter der Herrschaft des letzteren eingetreten ist, findet sich keine ausdrückliche Bestimmung. Nach den Motiven zum zweiten Entwurfe sollte die Beurteilung der Wissenschaft und Praxis überlassen bleiben.

Vgl. Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse. 3. Aufl. S. 176.

Es wird angenommen, daß für die privatrechtlichen Folgen einer unerlaubten Handlung, wie bei den bedingten Rechtsgeschäften lediglich der Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts in Betracht komme, der Zeitpunkt der Begehung der unerlaubten Handlung maßgebend sei.

Vgl. Planck, B.G.B. Bd. 6 S. 275 Bem. 3.

„War die unerlaubte Handlung durch Beibehaltung des Zustandes unter das neue Recht übernommen", so wäre nach der Meinung Habichts der Gläubiger befugt, sich auf das alte, oder neue Recht zu berufen, je nachdem ihm das eine, oder das andere günstiger wäre. Unter Umständen könne allerdings auch, namentlich bei Unterlassungen, die unter dem alten Rechte begonnen und unter dem neuen Rechte fortgesetzt seien und erst unter diesem zu einem Schaden geführt haben, der ursächliche Zusammenhang zwischen der Unterlassung vor dem 1. Januar 1900 und dem jetzigen Schaden fehlen, so daß nur die Unterlassung nach dem 1. Januar 1900 als Ursache in Betracht komme, und deshalb die Verantwortlichkeit für den Schaden nur nach neuem Rechte zu prüfen sei.

Vgl. Habicht, a. a. O. 2. Aufl. S. 171 Anm. 2, 3. Aufl. S. 179 Anm. 1.

Zu unterscheiden ist zwischen Handlungen und Unterlassungen, die an sich schon eine Rechtsverletzung des Beschädigten begründen, wie z. B. Erteilung eines falschen Rates, vorzeitige Löschung einer Hypothek, — bei denen der Erfolg erst die Tragweite der Schädigung bestimmt, — und solchen, bei denen der Erfolg erst ein Schuldverhältnis begründet. Ehe nicht der Funke gezündet, steht die unerlaubte Handlung der Nichtbeachtung baupolizeilicher Vorschriften in keiner civilrechtlichen Beziehung zur Beklagten. Es besteht vorher kein

Schuldverhältnis. Der § 25 A.L.R. I. 6 stellt kraft einer gesetzlichen Präsumtion einen Zusammenhang zwischen zwei Tatbeständen, a) der unerlaubten Handlung und b) dem elementaren Ereignisse des Feuerfangens, her. An sich erstreckt sich das Gesetz nicht auf Tatbestände, die nicht unter seine zeitliche Herrschaft fallen. Fällt das Ereignis des Feuerfangens (b) aus dieser Zeit hinaus, so kann auch diese Verknüpfung der unerlaubten Handlung (a) mit dem elementaren Ereignisse (b) nicht mehr stattfinden. Die Anwendung des § 25 A.L.R. I. 6 erscheint somit rechtsirrtümlich. Es fragt sich daher, ob die tatsächliche Feststellung des Kausalzusammenhangs hiervon beeinflußt erscheint.

Allerdings führt das Berufungsgericht im Anschlusse an die Beweiswürdigung aus, „jedenfalls könnten weder in den Umständen noch in den allgemeinen Verdächtigungen über die Lage von Pappschachteln um den Ofen und über das sonstige persönliche Verhalten der Beklagten überhaupt greifbare Anhaltspunkte dafür gefunden werden, daß bei der Entstehung des der Beklagten durch den Brand zugefügten Schadens ein Verschulden der Beklagten mitgewirkt habe". Es beginnt aber die Begründung mit der Ausführung, der Kläger müsse aber auch für allen Schaden haften, der der Beklagten durch den Brand im Laden entstanden sei, weil er ein auf Schadensverhütungen abzielendes Polizeigesetz vernachlässigt habe, durch dessen Beobachtung der Schaden hätte vermieden werden können, und stellt dann fest, es sei anzunehmen, daß der Brand von dem Feuer des Ofens herrühre, sei es nun, daß eine glühende Kohle aus dem nach Aussage der K. immer offenbleibenden Aschenloche in den Laden gerollt sei, oder glühender Ruß oder sonstige Feuerteilchen aus dem vorschriftswidrig nicht ummäntelten, undichten Ofenrohre oder aus den undichten Fugen des Ofens gedrungen seien und den Fußboden in Brand gesetzt hätten. Läßt also das Berufungsgericht eine Möglichkeit der Entstehung des Brandes offen, die nach Umständen ein Verschulden der Beklagten begründen könnte, so besteht hohe Wahrscheinlichkeit dafür, daß es sich in seiner endgültigen Entscheidung über den Kausalzusammenhang an sich durch die Präsumtion des § 25 A.L.R. I. 6 bestimmen ließ. Jedenfalls beruht auf dieser Präsumtion die Rechtsfolgerung, die Forderung auf Schadensersatz werde auch nicht ausgeschlossen, wenn der Beklagten selbst dabei ein Versehen, möge es auch ein grobes sein, zur Last fiel.

Die Berufung auf § 823 B.G.B. vermag den erörterten Bedenken nicht abzuhelfen, da auch die Anwendung des § 823 Abs. 2 B.G.B. die Feststellung des Kausalzusammenhanges zwischen der unerlaubten Handlung und dem eingetretenen Schaden voraussetzt, und hierüber nach allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden ist.

Vgl. Planck, B.G.B. Bd. 2 S. 613 Bem. 4b.

Hiernach war das Berufungsurteil insoweit aufzuheben, als die Widerklage dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, und die Sache insoweit zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung über den Betrag an das Gericht erster Instanz zurückverwiesen ist. Die Sache selbst war in diesem Umfange zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen." ...

---

33. Ist der Erwerber eines zusammenhängenden Areals von wenigstens 300 Morgen Flächeninhalt auf Grund des § 3 lit. a des Jagdpolizeigesetzes vom 7. März 1850 mit dem Augenblicke der Erwerbung trotz eines laufenden, das Areal umfassenden Pachtvertrages unter Ausschluß des Pächters sofort zur Ausübung der Jagd berechtigt?

II. Civilsenat. Urt. v. 4. Juli 1902 i. S. O. (Kl.) w. D. (Bekl.). Rep. II. 29/02.

I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht Köln.

Aus den Gründen:

„Die Revision erscheint zur Sache nicht begründet.

Der Kläger hat im Jahre 1898 den Jagdbezirk L. auf die Dauer von sechs Jahren bis zum 1. August 1904 von der genannten Gemeinde angepachtet. Der Beklagte hat seinen in diesem Jagdbezirk belegenen Grundbesitz im Jahre 1900 derartig vergrößert, daß er von da ab über 300 Morgen zusammenhängendes Areal besitzt, und nimmt von dem Augenblick der Vergrößerung an auf Grund des § 3 lit. a des Jagdpolizeigesetzes vom 7. März 1850 das Jagdrecht auf diesem seinem Eigentum in Anspruch, während der Kläger auf-

stellt, daß er auf Grund des Jagdpachtvertrages mit der Gemeinde bis zu dem Ende der Pachtzeit auch auf dem dem Beklagten zugehörigen Areal allein zur Ausübung der Jagd berechtigt sei.

Danach hängt die Entscheidung über die Revision davon ab, ob mit dem Oberlandesgericht anzunehmen ist, daß der Erwerber eines zusammenhängenden Areals von mindestens 300 Morgen auf Grund des § 3 lit. a das Recht, auf diesem die eigene Jagd auszuüben, sofort trotz eines laufenden, das Areal mitumfassenden Jagdpachtvertrages unter Ausschluß des Anpächters der Jagd erwirbt, oder ob der letztere auf Grund des Pachtvertrages berechtigt bleibt, bis zum Ende der Pachtzeit die Jagd auch auf dem bis auf 300 zusammenhängende Morgen gebrachten Areal desselben Grundbesitzers auszuüben.

Der Senat tritt in dieser, in der Rechtsprechung und Literatur vielfach umstrittenen Frage der ersteren, namentlich auch vom preußischen Oberverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung vertretenen Ansicht bei.

Das Jagdgesetz vom 31. Oktober 1848 stellte nach Beseitigung jedes Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden durch den § 1, in § 3 Abs. 1 den allgemeinen Grundsatz auf, daß die Jagd jedem Grundbesitzer auf seinem Grund und Boden zustehe, indem es gleichzeitig auch für die Zukunft die Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden als dingliches Recht ausdrücklich ausschloß. Dieser Standpunkt ist in dem Jagdpolizeigesetz vom 7. März 1850 nicht verlassen worden. Auch dieses Gesetz geht zunächst im § 1 grundsätzlich von dem Jagdrecht des Eigentümers aus, unterwirft aber die Ausübung desselben, wesentlich im polizeilichen Interesse, sodann auch im Interesse der Erhaltung der Jagd einer Reihe von einschränkenden Bestimmungen. Die wesentlichste dieser Einschränkungen ergibt sich aus § 3 lit. a, wonach der Grundbesitzer zur eigenen Ausübung seines Jagdrechts nur befugt ist auf solchen Besitzungen, welche einen zusammenhängenden Flächenraum von wenigstens 300 Morgen bilden.

Damit ist einerseits die eigene Ausübung der Jagd auf kleineren Besitzungen als 300 Morgen beseitigt, andererseits aber auch das eigene Jagdausübungsrecht auf Flächen von über 300 Morgen einer Beschränkung nicht unterworfen, vielmehr als solches unbeschränkt anerkannt. Daraus wird aber mit Recht gefolgert, daß das

eigene Jagdausübungsrecht in jedem Augenblicke zur Entstehung gelangt, wenn ein Grundbesitzer ein zusammenhängendes Terrain in der angegebenen Größe erwirbt.

Es kann sich daher nur fragen, ob diese an sich aus dem Gesetze selbst sich ergebende Folgerung ausnahmsweise dann nicht eintritt, wenn die Jagd auf dem zu einem Gesamtareal von über 300 Morgen vereinigten Grund und Boden vor dieser Vereinigung gleichzeitig mit der Jagd in dem übrigen bezüglichen Jagdbezirk verpachtet worden, und dieser Pachtvertrag noch nicht abgelaufen ist. Diese Annahme, wonach in einem solchen Falle das Recht der eigenen Jagdausübung erst mit dem Ablauf der betreffenden Jagdpachtzeit zur Entstehung gelangen würde, kann gegründet werden auf das sich ergebende Vertragsrecht, oder auf einen etwaigen Willen des Gesetzgebers, daß in dem gegebenen Kollisionsfalle dem Rechte des Jagdpächters vor dem des Eigentümers der Vorrang zustehen solle.

Was das Vertragsverhältnis anlangt, so besteht darüber zur Zeit im wesentlichen kein Streit mehr, daß das Jagdpachtrecht nach preußischem Recht, und zwar auch im Gebiete des gemeinen Rechts, um welches es sich im vorliegenden Falle handelt, kein dingliches Recht ist, und daß auf diesen Gesichtspunkt das absolute Recht des Jagdpächters bezüglich des ganzen ihm verpachteten Terrains bis zum Ende der Pachtzeit jedenfalls nicht gegründet werden kann. Das Jagdpachtrecht ist vielmehr wesentlich obligatorischer Natur (wenn auch insoweit mit quasidinglichem Charakter, als es dem Jagdpächter das Recht auf den Eigentumserwerb an dem Wilde durch Okkupation gibt, Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 41 S. 349). Dieses obligatorische Rechtsverhältnis besteht aber nicht zwischen dem Jagdpächter und den einzelnen Eigentümern der den Jagdbezirk bildenden Grundstücke. Die Eigentümer der gemäß § 4 des Jagdpolizeigesetzes zu einem gemeinsamen Jagdbezirk vereinigten Grundstücke bilden bezüglich dieses Verhältnisses eine gesetzliche Zwangsgenossenschaft des öffentlichen Rechts. Die der Gemeindebehörde nach § 9 a. a. O. zustehende und obliegende Vertretung dieser Zwangsgenossenschaft ist gleichfalls öffentlichrechtlicher Natur. Danach können auf dieses Verhältnis die civilrechtlichen Grundsätze über das Verhältnis zwischen Machtgeber und Bevollmächtigten sowie zwischen dem Machtgeber und Dritten keine Anwendung finden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 38 S. 256.
Daraus folgt, daß, wenn kraft dieses öffentlichrechtlichen gesetzlichen Vertretungsrechts die Zwangsgenossenschaft der Grundeigentümer als solche allerdings an die von der Gemeindebehörde gemäß § 10 lit. c a. a. O. abgeschlossenen Jagdpachtverträge gebunden ist, doch keinesfalls die einzelnen Grundbesitzer die rechtliche Stellung der Gegenkontrahenten im Verhältnis zu dem Anpächter der Jagd haben, und daß sie für die dem Jagdpächter durch den Pachtvertrag übertragenen Rechte privatrechtlich nicht haftbar sind. Danach steht dem Anspruch des Beklagten auf Ausübung der Jagd auf seinem über 300 Morgen großen Eigentum, unter Ausschluß des Klägers, schon vor Ablauf der Pachtzeit, irgend eine Verpflichtung desselben, den Jagdpachtvertrag der Gemeinde auch seinerseits zu erfüllen, nicht entgegen.

Es bleibt weiter zu erörtern, ob es nicht im Willen des Gesetzgebers gelegen hat, indem er der Gemeindebehörde durch den § 10 a. a. O. das Recht gab, die Jagd auf den gemeinschaftlichen Jagdbezirken für eine Mindestzeit von 3 Jahren und eine Höchstzeit von 12 Jahren zu verpachten, in diesem Falle eine für die Dauer der Pachtzeit unabänderliche Regelung der Jagdberechtigungsverhältnisse eintreten zu lassen, so daß das Jagdpachtrecht durch etwaige Veränderungen in den Verhältnissen des Grundeigentumes unter keinen Umständen berührt werden sollte. Indes auch dies ist zu verneinen. Gegen eine solche Annahme sprechen zunächst, wie auch das Oberlandesgericht zutreffend hervorhebt, wesentlich die Bestimmungen in § 3 lit. b und c, wonach der Grundbesitzer das Recht der eigenen Jagdausübung auch auf allen dauernd und vollständig eingefriedigten Grundstücken, sowie auf zur Fischerei eingerichteten Teichen und solchen Inseln, welche ein Besitztum bilden, hat. Unbedenklich hat der Eigentümer das Recht, solche Einrichtungen auch während des Laufes der Pachtzeit zu treffen, und ebenso unbedenklich ist es, daß damit das Jagdrecht des Anpächters auf dem eingefriedigten Terrain bezw. den Inseln aufhört. Wenn aber das Gesetz in dieser Hinsicht das Recht des Jagdpächters nicht als ein absolut unantastbares geschaffen hat, so ist nicht wohl anzunehmen, daß dieses anders bezüglich des eigenen Jagdrechts auf dem 300 Morgen übersteigenden Grund und Boden gehalten werden sollte. Greifbare Anhaltspunkte bietet das Gesetz hierfür nicht. Der Gesichtspunkt, daß dadurch erheblich unsichere Ver-

hältnisse für den Jagdpächter und auch für die Genossenschaft während der Pachtzeit ermöglicht würden, hätte de lege ferenda zu einem anderen Standpunkte führen können, für die Auslegung des gegebenen Gesetzes kann er nicht von entscheidender Bedeutung sein. Wenn darauf hingewiesen worden ist, daß die Möglichkeit einer langen Jagdpachtzeit von 12 Jahren dafür spreche, daß während dieser Dauer sichere und ruhige Verhältnisse im Sinne des Gesetzes gelegen haben müßten, so ist darauf zu erwidern, daß die zulässige Dauer von 3 bis 12 Jahren wesentlich durch andere Verhältnisse, insbesondere das Interesse der Jagdgenossenschaft und die Rücksicht auf Erhaltung guter Jagdverhältnisse bestimmt worden ist. Übrigens ist das Argument auch für die hier vertretene Ansicht dahin zu verwerten, daß es nicht wohl in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben kann, die Möglichkeit des Erwerbes des eigenen Jagdausübungsrechts des Eigentümers auf eine so lange Zeit wie 12 Jahre auszuschließen."

---

34. Handelt ein Bankier, der in Ausführung eines Auftrags Wertpapiere für einen Kunden gekauft und ohne Nummernangabe für diesen in Verwahrung genommen hatte, wenn er, nachdem diese Wertpapiere abhanden gekommen waren, für sie andere beschaffte und in die mit dem Namen des Kunden bezeichnete Mappe oder Schleife legte, als Vertreter des Kunden auf Grund des ursprünglichen Kommissionsauftrags, und ist demnach in einem solchen Verfahren ein nach dem gegebenen Sachverhalte gemäß § 181 B.G.B. rechtswirksames Kontrahieren des Bankiers als Vertreters des Kunden mit sich selbst zu finden? Wird der Kunde in einem solchen Falle gemäß §§ 929. 930 B.G.B. Eigentümer der neu beschafften Wertpapiere?

II. Civilsenat. Urt. v. 4. Juli 1902 i. S. T. (Kl.) w. H. Konkursm. (Bekl.). Rep. II. 117/02.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 11. März 1901 wurde über das Vermögen des Bankiers H. in Breslau das Konkursverfahren eröffnet. Seit mehreren Jahren

stand der Kläger, der Rittergutsbesitzer T. zu Pogorzela, mit H. derart in Geschäftsverbindung, daß dieser als sein Kommissionär für ihn Wertpapiere kaufte, verkaufte, auch als Selbstkontrahent an ihn lieferte und, wie Kläger behauptet, auf generelle Weise und geschäftlichen Usancen entsprechend, für ihn in einer mit des Klägers Namen bezeichneten Mappe bezw. Schleife verwahrte. In eine solche Schleife legte H. am 4. März 1901 eine von ihm am 2. Februar 1901 gekaufte Aktie der Schlesischen Bodenkredit-Aktienbank Nr. 1536 über 1200 ℳ, nachdem er im Jahre 1899 als Kommissionär des Klägers für diesen 60600 ℳ solcher Aktien gekauft hatte, solche aber nach der klägerischen Behauptung im Geschäftsbetriebe des H. demnächst verwendet worden waren. Der Gemeinschuldner H. wurde bald nach dem 4. März 1901 flüchtig. Kläger behauptete, durch die Einlegung der Aktie in die für die Aufnahme seiner Wertpapiere bestimmte Schleife seitens des H. habe er das Eigentum an dem Wertpapiere erworben und erhob demgemäß Klage auf Anerkennung seines Eigentums an der bezeichneten Aktie und auf deren Herausgabe.

Das Landgericht zu Breslau wies die Klage ab, und die hiergegen eingelegte Berufung wurde vom Oberlandesgericht daselbst zurückgewiesen. Das letztere Urteil wurde auf Revision des Klägers vom Reichsgericht aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Die Revision mußte für begründet erachtet werden.

Es ist zunächst allerdings rechtlich zutreffend, wenn das Oberlandesgericht ausführt, daß es für die Entscheidung der vorliegenden Sache unerheblich ist, ob der Kläger Eigentümer der von dem Gemeinschuldner H. auf Grund des diesem vom Kläger erteilten Kommissionsauftrags für ihn im Jahre 1899 gekauften und demnächst in Verwahrung genommenen 60600 ℳ Aktien der Schlesischen Bodenkredit-Aktienbank gewesen ist, ob insbesondere bezüglich des Eigentumserwerbs an diesen Aktien Bedenken aus den einschlägigen Bestimmungen des zur Zeit des Erwerbs jener Aktien in Geltung gewesenen preußischen Allgemeinen Landrechts herzuleiten sind, da es lediglich darauf ankommt, ob der Kläger zur Zeit der Konkurseröffnung Eigentümer der von ihm vindizierten, von H. kurz vor der Konkurseröffnung in eine mit dem Namen des Klägers versehene Schleife gelegten Aktie Nr. 1536 der genannten Aktienbank war.

Das Oberlandesgericht hat die auf Abweisung der Klage lautende Entscheidung des Landgerichts, im wesentlichen übereinstimmend mit dessen Gründen, um deswillen für gerechtfertigt erachtet, weil der Eigentumserwerb für den Kläger nur gemäß § 181 B.G.B. durch einen Vertrag des H. als Vertreters des Klägers mit sich selbst hätte bewirkt werden können, es in dieser Hinsicht aber, da der Kommissionsauftrag durch die Anschaffung der früheren Aktien seine Erledigung gefunden gehabt, und nur noch ein Verwahrungsauftrag in Frage gestanden habe, jedenfalls an dem nach jener Bestimmung erforderlichen Vertretungsverhältnis gefehlt habe.

Diesen Ausführungen kann in rechtlicher Hinsicht nicht beigepflichtet werden. Wenn H. nach der ersten Anschaffung der 60600 ℳ Aktien, bezüglich deren eine Angabe der Nummern weder verabredet war noch vom Kläger jemals beansprucht worden ist, und, nachdem die früheren Aktien — einerlei wie — abhanden gekommen waren, zum Zwecke des teilweisen Ersatzes eine neue Aktie für den Kläger beschaffte, so ist es nicht richtig zu sagen, daß dieses nicht noch in Ausführung des früheren Kommissionsauftrags geschehen sei. Die Ausführung desselben durch die frühere Beschaffung der Aktien war durch das dem Kläger nicht bekannte Abhandenkommen der Aktien in Wegfall gekommen. Die Wiederbeschaffung einer neuen Aktie zum teilweisen Ersatz war demnach, da sich insoweit Auftrag und Ausführung inhaltlich deckten, lediglich eine teilweise Ausführung des ursprünglichen Auftrags. Damit ist aber ein Vertretungsverhältnis, wie es § 181 a. a. O. erfordert, unbedenklich gegeben. Im übrigen liegen auch die weiteren Voraussetzungen dieses Paragraphen, sowie die Erfordernisse der zum Eigentumsübergang erforderlichen Besitzübertragung durch constitutum possessorium gemäß § 930 B.G.B. vor. Daß der Kläger, nachdem die früheren Aktien abhanden gekommen waren, einen Anspruch auf Beschaffung anderer Aktien gegen H. hatte, bestreitet auch das Oberlandesgericht nicht, und es ist das rechtlich unbedenklich; daß der Kläger tatsächlich nicht in der Lage war, dieses geltend zu machen, weil ihm das Abhandenkommen der Aktien nicht bekannt war, worauf das Oberlandesgericht gleichfalls Gewicht gelegt hat, ist unerheblich; es ändert dieser Umstand daran nichts, daß die Neubeschaffung der Aktie und die Einlegung in die Schleife des Klägers, wenn sie erfolgte, ausschließlich in der Er-

füllung einer Verbindlichkeit des H. dem Kläger gegenüber bestanden. Die vom Oberlandesgerichte aber vermißte, nach § 930 a. a. O. zum Eigentumsübergang erforderliche Vereinbarung zwischen H. als ursprünglichem Eigentümer der streitigen Aktie und dem Kläger über ein Rechtsverhältnis, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt, ist in dem aus der Einlegung der Aktie in die mit dem Namen des Klägers versehene Schleife gemäß § 181 sich ergebenden Vertrage des H. als dessen Vertreters mit sich selbst zu finden.

Vgl. Staub, 6. und 7. Aufl., Anm. 33 zu § 383.

Danach ist die Annahme begründet, daß der Kläger vor der Konkurseröffnung Eigentümer der streitigen Aktie Nr. 1536 geworden ist. Einer Erörterung der Frage, ob nicht, wie die Revision eventuell geltend macht, dasselbe Ergebnis abgesehen von § 181 sich auch aus dem Gesichtspunkte der negotiorum gestio gemäß den §§ 174 und 184 B.G.B. ergeben würde, bedarf es danach nicht.

Gleichwohl kann, obschon an sich das Eigentumsrecht des Klägers den Klaganspruch begründet, nicht zu Gunsten desselben durcherkannt werden; es muß vielmehr unter Aufhebung des angefochtenen Urteils die Zurückverweisung an das Berufungsgericht erfolgen, weil der Konkursverwalter auch noch den Einwand der Anfechtung aus den §§ 30 Nr. 2 und 31 Nr. 1 K.O. erhoben hatte, und hierüber noch unter Erörterung der bezüglichen tatsächlichen Verhältnisse Entscheidung zu treffen sein wird."

---

35. Begründet der Vermerk „Erfüllungsort Berlin" auf der gleichzeitig mit der Ware übersandten Faktura dann die örtliche Zuständigkeit der dortigen Gerichte für die Klage gegen den auswärtigen Käufer, wenn in dem früheren Geschäftsverkehr der Parteien die dem Käufer übersandten und von ihm ohne Vorbehalt angenommenen Fakturen denselben Vermerk enthalten hatten?

II. Civilsenat. Urt. v. 4. Juli 1902 i. S. B. (Bekl.) w. B. & B. (Kl.). Rep. II. 126/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

In der vorliegenden Prozeßsache hatte die beklagte, in Iserlohn domizilierte Firma der gegen sie zum Landgericht Berlin I erhobenen, auf Zahlung des Kaufpreises für von ihr bestellte und ihr gelieferte Waren gerichteten Klage die Einrede der örtlichen Unzuständigkeit entgegengesetzt. Das Landgericht erachtete diese Einrede für begründet, während das Kammergericht auf eingelegte Berufung entgegengesetzt entschied, indem es unter Verwerfung der Unzuständigkeitseinrede die Sache zur Verhandlung über den Anspruch selbst an das Landgericht zurückwies. In den Gründen wird unter anderem ausgeführt, es sei wesentlich auf Grund des Umstandes, daß nicht nur die in Frage stehende Faktura, sondern eine Reihe früherer Fakturen, welche in dem längeren Geschäftsverkehr der Parteien seit dem 30. Mai 1899 von der Klägerin der Beklagten übersandt und von dieser honoriert worden seien, bis auf eine den Vermerk „Erfüllungsort Berlin" mit geschriebenen Lettern hinter der von der Beklagten durchgängig innegehaltenen Bedingung „30 Tage mit Skonto 2 Prozent" enthielt, anzunehmen, daß zwischen den Parteien eine Vereinbarung dahin zustande gekommen sei, daß für das fragliche Verhältnis Berlin als Erfüllungsort angesehen werden sollte; danach sei der Gerichtsstand des § 29 C.P.O. gegeben.

Auf die Revision der Beklagten wurde das Berufungsurteil aufgehoben.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht hat die Zuständigkeit des Landgerichts I Berlin für die Klage gegen die in Iserlohn geschäftlich domizilierte Beklagte auf eine von ihm angenommene stillschweigende Genehmigung des Erfüllungsorts Berlin seitens der Beklagten für das in Frage stehende Geschäft gegründet. Die desfallsigen Ausführungen geben indessen zu rechtlichen Bedenken Anlaß, die zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen müssen.

Nach dem feststehenden Tatbestand hatte die Beklagte bei der Klägerin die Waren, deren Kaufpreis mit der Klage verlangt wird, bestellt, ohne bezüglich des Erfüllungsorts irgend eine Erklärung abzugeben. Die Klägerin hat der Beklagten die Waren übersandt gleichzeitig mit einer Faktura, auf welcher sich der Vermerk „Erfüllungsort Berlin" befindet. Das Berufungsgericht hat bei seiner Entscheidung auch auf dieses Moment ersichtlich Wert gelegt, und es

mußte das um deswillen allerdings geschehen, weil bezüglich des speciell in Frage stehenden Geschäfts dieser Fakturenvermerk die einzige vorliegende Erklärung auch der Klägerin ist, daß sie für dasselbe Berlin als Erfüllungsort in Anspruch nehmen wolle. Anderseits ist diese einseitige Äußerung nach erfolgter Bestellung und nach Abschluß des Vertrages, wie wiederholt vom Reichsgericht ausgesprochen ist, als solche unerheblich. Die Beklagte hatte weder einen Anlaß noch eine Verpflichtung, gegen dieselbe zu protestieren; an sich war nach dem Abschluß des Geschäfts für ihre Vertragsverbindlichkeit gemäß § 269 B.G.B. lediglich ihr Wohnort Erfüllungsort, der durch die betreffende Notiz auf der Faktura nicht geändert werden konnte. Indem aber das Berufungsgericht auch auf dieses Moment Wert legt, und auf das Stillschweigen der Beklagten selbstredend auch in diesem Falle hinweist, bietet es Anlaß zu dem entscheidenden Bedenken, daß nicht festgestellt ist, daß die Beklagte bereits bei der Bestellung stillschweigend und rechtsverbindlich genehmigt habe, daß für die von ihr durch dieselbe übernommene Vertragsverbindlichkeit Berlin Erfüllungsort sein solle. Dieses Bedenken, welches nicht beseitigt wird durch den Wortlaut der Entscheidungsgründe, die in dieser Hinsicht eine klare Aussprache vermissen lassen, muß aber zur Aufhebung des Urteils führen, indem die Annahme einer nachträglichen Genehmigung auf Grund derartiger einseitiger Vermerke des Verkäufers nach feststehender Rechtsprechung rechtsirrtümlich ist.

Weiter ist aber hervorzuheben, daß, wenn das Berufungsgericht darauf wesentliches Gewicht legt, daß in dem früheren Geschäftsverkehr der Parteien auf einer großen Anzahl von Fakturen derselbe Vermerk „Erfüllungsort Berlin" sich befunden habe — was für die Annahme eines bezüglichen Einverständnisses bereits bei der Bestellung allerdings verwertet werden könnte —, diese Argumentation rechtlich nicht gebilligt werden kann. Das Reichsgericht hat in einem ähnlich liegenden Falle ausgesprochen, daß auch bei fortgesetzten Warenbestellungen und Warenlieferungen der auf den Fakturen befindliche Vermerk über einen anderen Erfüllungsort als denjenigen des Käufers für die folgenden Bestellungen keine rechtliche Bedeutung und Wirkung habe.

Vgl. Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht Bd. 7 S. 275. Der erkennende Senat tritt dieser Ansicht bei. Für jeden einzelnen

Fall der Bestellung war der Vermerk auf der Faktura unerheblich und ohne rechtliche Bedeutung; die Beklagte war in keinem der einzelnen Fälle gehalten, eine Erklärung bezüglich des Vermerks abzugeben oder dagegen zu protestieren; aus ihrem Stillschweigen konnte in keinem Falle ein Präjudiz gegen sie hergeleitet werden. Waren aber die Vermerke jeder für sich ohne rechtliche Bedeutung, so können sie es auch nicht in ihrem Zusammenhang sein. Daß das Wort Berlin auf den Fakturen nicht gedruckt, sondern geschrieben war, ist ebenso unerheblich für die vorliegende Frage, wie der Umstand, daß die Beklagte von einer ihr regelmäßig auf den Fakturen seitens der Klägerin gemachten Skontobewilligung Gebrauch gemacht hat.

Wenn hiernach die vom Berufungsgerichte gegebenen Gründe die Annahme der Zuständigkeit des Landgerichts I Berlin zu rechtfertigen nicht geeignet sind, so konnte doch nicht sofort gemäß § 565 Abs. 3 Ziff. 1 C.P.O. durcherkannt werden. Es mußte vielmehr bei Aufhebung des angefochtenen Urteils die Zurückverweisung erfolgen, weil die Klägerin sich auch noch auf ihre, nach ihrer Behauptung der Beklagten übersandte Preisliste, bezogen hat, und es immerhin der Klägerin nachgelassen werden muß, aufzustellen und zu erweisen, daß die in Frage stehende Bestellung von der Beklagten auf Grund der Preisliste und insbesondere unter den auf derselben befindlichen Bedingungen, in welchen Berlin als Erfüllungsort angegeben ist, erfolgt ist".

---

36. Kann die örtliche Zuständigkeit des angerufenen Gerichts auch auf Tatumstände gestützt werden, die erst nach der Zustellung der Klageschrift eingetreten sind?

C.P.O. § 263 Abs. 2 Ziff. 2.

III. Civilsenat. Urt. v. 8. Juli 1902 i. S. Schw. (Bekl.) w. Br. (Kl.). Rep. III. 113/02.

I. Landgericht Neustrelitz.
II. Oberlandesgericht Rostock.

Aus den Gründen:

„Der Kläger hat gegen den Beklagten wegen verschiedenartiger Forderungen Klage auf Bezahlung von 1610,10 ℳ nebst Zinsen bei

dem Landgerichte zu Neustrelitz erhoben. Der Beklagte hat die Einrede der Unzuständigkeit geltend gemacht, weil er erst nach der Zustellung der Klage — allerdings vor der ersten mündlichen Verhandlung — seinen Wohnsitz im Bezirke des angerufenen Gerichts genommen habe. Der Kläger hat als ausreichend erachtet, daß der Beklagte vor der mündlichen Verhandlung dahin verzogen sei. Das Berufungsgericht hat die Einrede verworfen, da es zur Begründung des allgemeinen Gerichtsstandes (§ 13 C.P.O.) genüge, daß der Beklagte vor der ersten mündlichen Verhandlung seinen Wohnsitz in den Bezirk des angerufenen Gerichts verlegt habe, der § 263 Abs. 2 Nr. 2 C.P.O. stehe dieser Annahme nicht entgegen. Diesen Ausführungen des Berufungsgerichts ist beizutreten.

Der von einer Anzahl Kommentatoren für die gegenteilige Ansicht angezogene § 263 Abs. 2 bestimmt allerdings:

Die Rechtshängigkeit hat folgende Wirkungen.

Nr. 2. Die Zuständigkeit des Prozeßgerichts wird durch eine Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt.

Allein der Wortlaut dieser Bestimmung beschränkt sich auf die einmal begründete Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, d. h. auf den positiven Fall, daß zur Zeit der Rechtshängigkeit ein bestimmter Gerichtsstand bei dem angerufenen Gerichte begründet war, und umfaßt nicht auch den negativen Fall, daß die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zur Zeit der Rechtshängigkeit nicht begründet war. Nur für den ersteren bestimmt er, daß die Zuständigkeit durch Veränderung der sie begründenden Umstände nicht berührt werde, nicht aber auch für den letzteren, daß die Unzuständigkeit fortdauere. Die Motive zu § 227 des Entwurfs der Civilprozeßordnung (Beilage zu den Reichstagsverhandlungen S. 466) verweisen denn auch auf den Grundsatz des gemeinen Civilprozesses l. 30 Dig. de jud. 5, 1: ubi semel coeptum est judicium, ibi et finem accipere debet, in welchem nur von dem positiven Falle die Rede ist, und bringen im Anschlusse hieran einzelne der nach den Motiven mit der Bestimmung der Civilprozeßordnung übereinstimmende Entwürfe und Gesetze, so § 227 Abs. 2 des preußischen Entwurfs und die württembergische Civilprozeßordnung Art. 38 Abs. 3 den Satz dahin zum Ausdruck, daß die „Zuständigkeit", der „Gerichtsstand" fortdauere, auch wenn die Verhältnisse, welche ihn begründeten, weggefallen seien. Es ist

auch nicht anzunehmen, daß die Civilprozeßordnung als Wirkung der Rechtshängigkeit die Fortdauer der Unzuständigkeit, also das Nichtrechtshängigwerden des Rechtsstreits hat bezeichnen wollen.

Ist aber eine positive entgegenstehende Bestimmung der Civilprozeßordnung nicht gegeben, so ist die nachträgliche Heilung der Unzuständigkeit — jedenfalls vor der ersten mündlichen Verhandlung — für zulässig zu erachten. Denn daß die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts zur Zeit der Klagerhebung keine schlechterdings unabänderliche Prozeßvoraussetzung ist, ergibt sich schon aus der Zulassung der stillschweigenden Prorogation, sowie aus der Tatsache, daß die Unzuständigkeit auf dem Wege der Einrede geltend zu machen und diese Einrede in der Regel verzichtbar ist. Im übrigen aber treffen für die Zulassung der Heranziehung von Tatumständen, welche nach der Klagerhebung eingetreten sind, zur Begründung der Zuständigkeit im wesentlichen gleichartige Gründe zu, wie für die Berücksichtigung materiellrechtlicher, nicht den Klagegrund selbst betreffender, Veränderungen des streitigen Rechts oder Rechtsverhältnisses im Laufe des Prozesses (z. B. rücksichtlich der Fälligkeit, Kündigung ꝛc) sprechen. Insbesondere fällt auch hier ins Gewicht,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 8 S. 416,

das Bestreben der Civilprozeßordnung, die Zahl der Prozesse zu vermindern, ein Bestreben, das vor allem auch gerade in der Bestimmung des § 263 Abs. 2 Ziff. 2 C.P.O. Ausdruck gefunden hat. Einer Schädigung des Beklagten ist auch hier durch die Einrede der Klagänderung und den § 92 C.P.O. vorgebeugt. Daß die diesseitige Entscheidung, Bd. 3 S. 392 Entsch. des R.G.'s in Civils., nicht entgegensteht, vielmehr den umgekehrten Fall, die Fortdauer der einmal begründeten Zuständigkeit, betrifft, ist vom Berufungsgericht zutreffend hervorgehoben."

---

37. 1. Ist eine einstweilige Verfügung zur Sicherung des dinglichen Rechts des Hypothekengläubigers auf die Mieten des belasteten Grundstückes zulässig?

2. Liegt eine Gefährdung des hypothekarischen Rechts schon

darin, daß über das Vermögen des Eigentümers des belasteten Grundstücks der Konkurs eröffnet ist?
B.G.B. §§ 1123. 1124. 1147.
C.P.O. §§ 935. 938.

V. Civilsenat. Urt. v. 9. Juli 1902 i. S. Preuß. Bodenkredit-Akt.-Gesellsch. in Berlin (Kl.) w. B.'sche Konkursm. (Bekl.). Rep. V. 202/02.

I. Landgericht II Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Beide Fragen hat das Reichsgericht bejaht aus folgenden Gründen:

„Der Berufungsrichter erachtet die angefochtene einstweilige Verfügung in erster Linie deshalb für rechtlich unzulässig, weil der Hypothekengläubiger, dessen Recht eine reine Geldforderung sei, auf die Mieten des ihm verhafteten Grundstückes nicht ohne weiteres einen Anspruch habe, diesen vielmehr erst durch die Beschlagnahme der Mieten erwerbe. Es fehle daher im vorliegenden Falle an einer zu sichernden Individualleistung des Schuldners, deren Vorhandensein die notwendige Voraussetzung für die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung bilde. Klägerin hätte, um eine wirksame Sicherung ihres Rechts auf die Mieten zu erreichen, letztere mit Beschlag belegen lassen müssen. Diese Ausführungen sind, wie die Revision zutreffend geltend macht, rechtsirrtümlich. Zunächst ist angesichts des Umstandes, daß zur Zeit der Erwirkung der einstweiligen Verfügung der Grundstückseigentümer sich im Konkurse befand, nicht ersichtlich, auf welche andere Weise eine Beschlagnahme der Mieten möglich gewesen wäre, da weder ein Arrestschlag noch, falls etwa die Klägerin für ihre Forderung bereits einen vollstreckbaren Titel gehabt hätte, eine Pfändung im Wege der Zwangsvollstreckung der Konkursmasse gegenüber wirksam vorgenommen werden konnte (§§ 14. 15 K.O.). Als einzige zulässige Beschlagnahmeform blieb vielmehr nur die Beschlagnahme im Wege der Einleitung der Zwangsverwaltung, die sich gemäß § 148 des Reichsgesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897 auch auf die Grundstücksmieten erstreckte, übrig. Sie stellte sich als ein Ausfluß des dinglichen Rechts des Hypothekengläubigers, wegen seiner Ansprüche Befriedigung aus

dem Grundstück durch Zwangsvollstreckung zu suchen (§ 1147 B.G.B.) dar und konnte daher gemäß §§ 4 Abs. 2. 47 K.O. auch noch nach eröffnetem Konkurse zur Anwendung gebracht werden. Weiterhin waren aber auch die Voraussetzungen gegeben, unter denen die Klägerin die Anordnung der Zwangsverwaltung im Wege der einstweiligen Verfügung verlangen durfte. Bereits in dem Urteil des erkennenden Senates vom 20. März 1886, abgedruckt in Gruchots Beiträgen Bd. 30 S. 1185, ist ausgesprochen, daß § 935 C.P.O. auch dann anwendbar ist, wenn die dort erwähnte Besorgnis gegebenenfalls in Bezug auf ein Hypothekenrecht durch die Gefahr begründet wird, daß der Schuldner das dem dinglichen Recht mitunterworfene Inventar des Pfandgrundstücks fortschafft. Daß im vorliegenden Falle nicht körperliche Sachen, sondern Forderungen, die dem Hypothekengläubiger haften, in Frage stehen, ist gleichgültig. Denn auch bei den letzteren besteht eine der Wegschaffungsgefahr bei körperlichen Sachen analoge Gefahr darin, daß die Forderung vom Schuldner oder demjenigen, der an seiner Stelle zur Verfügung über sie berufen ist, eingezogen und dadurch nach § 1124 B.G.B. das auf ihr lastende dingliche Recht des Hypothekengläubigers zum Erlöschen gebracht wird. Zu prüfen war also lediglich, ob für den vorliegenden Fall das Vorhandensein einer solchen Gefahr anzunehmen sei. Auch diese Frage mußte im Gegensatz zu der Auffassung des Berufungsrichters bejaht werden. Entscheidende Bedeutung kam dabei dem Umstande zu, daß das belastete Grundstück infolge der Konkurseröffnung zur Konkursmasse gezogen ist. Allerdings ist der Konkursverwalter ein im öffentlichen Interesse geschaffenes Organ für die Durchführung des Konkurszweckes,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 29 S. 36, Bd. 42 S. 89,

seine Stellung daher, wenngleich keine amtliche, so doch einer solchen nahe verwandt und demzufolge bei ihm die Besorgnis einer Gefährdung der Rechte der Hypothekengläubiger durch mißbräuchliche Verfügung über die der Hypothek unterliegenden Vermögensgegenstände regelmäßig ausgeschlossen. Auf der anderen Seite hat er jedoch nicht bloß die Interessen des Gemeinschuldners, sondern zugleich auch die der Konkursgläubiger wahrzunehmen. Gegen diese letztere Obliegenheit würde er verstoßen, wenn er in Fällen, in denen die Voraussetzungen für die Geltendmachung eines Absonderungsrechts nicht gegeben sind,

insbesondere von dem in Bezug auf die Grundstücksmieten absonderungsberechtigten Hypothekengläubiger eine Beschlagnahme nach § 1124 B.G.B. nicht ausgebracht ist, gleichwohl dieses Absonderungsrecht zum Nachteil der Konkursmasse berücksichtigen wollte. Er ist vielmehr in solchen Fällen verpflichtet, die Mieten einzuziehen und zur Masse abzuführen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 23 S. 59. 60.

Sonach bedarf es für den Hypothekengläubiger keiner weiteren Glaubhaftmachung, daß sein Anspruch gefährdet sei, wenn er durch die im Wege der einstweiligen Verfügung anzuordnende Zwangsverwaltung den Untergang seines dinglichen Rechtes an den Mieten, der sonst mit deren Abführung zur Konkursmasse eintreten würde, verhüten will." ...

---

38. Hat der auf Zahlung einer Briefhypothekenforderung belangte Beklagte die Prozeßkosten zu tragen, wenn die Klage, obwohl die Forderung Dritten verpfändet war, auf Zahlung an den Kläger ging und der Beklagte dem später gestellten Begehren auf Zahlung an den Kläger und die Pfandgläubiger sofort nachgekommen ist?

B.G.B. §§ 368. 372. 407 Abs. 1. 1144. 1281.
C.P.O. § 93

V. Civilsenat. Beschl. v. 9. Juli 1902 i. S. H. (Kl.) w. O. (Bekl.). Beschw.-Rep. V. 147/02.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Gründe:

„Der Kläger hatte dem Beklagten eine auf dessen Grundstücke für ihn eingetragene Hypothek zum 1. Januar 1902 gekündigt und begehrte, da Zahlung nicht erfolgte, diese mit der am 29. Januar 1902 zugestellten dinglichen und persönlichen Klage. Der Beklagte verlangte im Schriftsatze vom 12. Februar 1902 ohne weitere Begründung Abweisung der Klage. Durch Schriftsatz vom 11. März 1902 teilte der Kläger dem Beklagten mit, daß die Klageforderung

den Kaufleuten B. und S. verpfändet sei, welche auch im Besitze des Hypothekenbriefs seien, und modifizierte den Klagantrag dahin, daß er Zahlung an sich und die Pfandgläubiger gemeinschaftlich begehre. Nach dem Tatbestande des landgerichtlichen Urteils enthielt dieser Schriftsatz auch die Mitteilung, daß die Verpfändung der Hypothek bereits zur Zeit der Zustellung der Klage erfolgt gewesen sei. Vor der Zustellung des Schriftsatzes hatte der Kläger den Beklagten nicht aufgefordert, an ihn und die Pfandgläubiger gemeinschaftlich zu zahlen. Nach der Zustellung zahlte der Beklagte, und der Kläger beantragte nunmehr nur Verurteilung des Beklagten in die Kosten des Rechtsstreits. Das Landgericht legte jedoch die Kosten dem Kläger auf mit der Begründung, der Klagantrag in der ursprünglichen Fassung würde kostenpflichtig abzuweisen gewesen sein, weil nach § 1281 B.G.B. der Schuldner einer verpfändeten Forderung nur an den Pfandgläubiger und den Gläubiger gemeinschaftlich leisten könne. Dem modifizierten Antrag aber, welcher zugleich die erste dem § 1281 entsprechende Zahlungsaufforderung enthalten habe, sei vom Beklagten sofort genügt worden.

Gegen dieses Urteil machte der Kläger mit sofortiger Beschwerde geltend: Infolge der Kündigung habe der Beklagte sich seit dem 1. Januar im Verzuge befunden. Da ihm die Verpfändung der Hypothek nicht mitgeteilt worden sei, habe er an den Kläger allein zahlen können. Falls Beklagter aber von der Verpfändung anderweit Kenntnis erlangt haben sollte, habe er nicht das Recht gehabt, die Zahlung schlechthin zu verweigern und Abweisung der Klage zu verlangen, sondern habe sich bereit erklären müssen, an den Kläger und die Pfandgläubiger gemeinschaftlich zu zahlen. Demgegenüber wies der Beklagte darauf hin, daß der Kläger weder zur Leistung löschungsfähiger Quittung, noch zur Herausgabe des Hypothekenbriefs imstande gewesen sei. Dem Beklagten sei zwar bekannt gewesen, daß die Hypothek verpfändet worden sei, aber nicht die Personen der Pfandgläubiger. Erst durch den Schriftsatz vom 11. März 1902 habe er erfahren, an wen er zu zahlen habe.

Dieser Beschwerde wurde stattgegeben, und es wurden die Kosten des Rechtsstreits dem Beklagten auferlegt mit der Begründung: Da der Beklagte sich seit dem 1. Januar 1902 im Verzuge befunden habe, so sei der ursprüngliche Klagantrag begründet gewesen. Daß die

Hypothekenforderung zur Zeit der Klagerhebung verpfändet gewesen sei und der Beklagte dies angeblich gewußt habe, sei unerheblich, da der Beklagte vor Anzeige der Verpfändung sich durch Zahlung an den Kläger oder durch Hinterlegung gegen Aushändigung des Hypothekenbriefs habe befreien können. Der fehlende Besitz des Hypothekenbriefs habe nicht der Anstellung der Klage, sondern höchstens der demnächstigen Befriedigung des Klägers entgegengestanden.

Gegen diesen Beschluß hat der Beklagte weitere sofortige Beschwerde erhoben.

Die weitere sofortige Beschwerde ist begründet. Da die eingeklagte Hypothekenforderung zur Zeit der Klagerhebung verpfändet war, stand dem Kläger nicht das Recht zu, Zahlung an sich allein zu fordern, vielmehr konnte er nur darauf klagen, daß an ihn und die Pfandgläubiger gemeinschaftlich gezahlt oder die eingeklagte Summe für ihn und die Pfandgläubiger hinterlegt werde (§ 1281 B.G.B.). Er war auch nicht in der Lage, dem Beklagten ohne Mitwirkung der Pfandgläubiger löschungsfähige Quittung zu erteilen (§ 368 B.G.B.) und den Hypothekenbrief auszuhändigen (§ 1144 B.G.B.). Die Annahme des Oberlandesgerichts, daß die Verpfändung der Hypothek, so lange sie dem Beklagten weder vom Gläubiger noch von den Pfandgläubigern angezeigt war, nur das Verhältnis des Klägers zu den Pfandgläubigern berührt, also einer Zahlung des Beklagten an den Kläger nicht entgegengestanden habe, ist unrichtig; denn die Verpfändung von Forderungen, welche auf Leistungen gehen, wirkt gegen den Schuldner nicht nur, wenn er durch eine Anzeige des Gläubigers oder Pfandgläubigers, sondern wenn er auf irgend eine Weise Kenntnis von ihr erhalten hat (§§ 1275. 407 Abs. 1 B.G.B.). Wenn der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung an den Kläger allein hätte zahlen wollen, so würde die Tatsache der Verpfändung durch die Unfähigkeit des Klägers, den Hypothekenbrief herauszugeben, zu Tage getreten sein und Kläger mit befreiender Wirkung nicht haben zahlen können. Es kommt also nicht einmal darauf an, ob der Beklagte zur Zeit der Klagerhebung Kenntnis hatte, denn jedenfalls konnte er schon damals dem Begehren, an den Kläger allein zu zahlen, auf Grund gesetzlicher Vorschriften nicht nachkommen. Der Klagantrag in der ursprünglichen Gestalt war sonach unhaltbar. Nun meint zwar das Oberlandesgericht, daß der Beklagte, wenn er von der Ver-

pfändung, nicht aber von der Person der Pfandgläubiger Kenntnis gehabt haben sollte, sich durch Hinterlegung für den Gläubiger (den Kläger) gegen Aushändigung des Hypothekenbriefs habe befreien können; allein auch dies ist unrichtig. Eine Verpflichtung des Schuldners zur Hinterlegung erkennt das Bürgerliche Gesetzbuch nur in besonderen Fällen an (z. B. §§ 432. 1077. 1281), und auch in diesen Fällen nur, wenn der Gläubiger die Hinterlegung verlangt. Im vorliegenden Falle ist ein solches Verlangen niemals gestellt worden. Der Beklagte hätte aber nicht einmal sein Recht (§ 372) zur Hinterlegung mit befreiender Wirkung ausüben können; denn vom Kläger konnte er löschungsfähige Quittung und den Hypothekenbrief nicht erhalten, und daß er die Personen der Pfandgläubiger vor dem Empfange des Schriftsatzes vom 11. März 1902 gekannt habe, ist nicht behauptet. Der Beklagte brauchte sich zur Zahlung an den Kläger und die Pfandgläubiger oder zur Hinterlegung für den Kläger und die Pfandgläubiger nicht zu erbieten, vielmehr konnte er abwarten, bis eine solche Leistung von ihm gefordert wurde. Alsbald nach Stellung des dem § 1281 allein entsprechenden Begehrens nach Zahlung an den Kläger und die Pfandgläubiger hat der Beklagte die Zahlung geleistet. Da also der ursprüngliche Klagantrag unbegründet war und Beklagter dem begründeten Begehren, welches erst mit dem Schriftsatze vom 11. März 1902 gestellt war, sofort nachgekommen ist, hat er zur Erhebung der Klage keine Veranlassung gegeben. Mithin hat das Landgericht die Kosten des Rechtsstreits dem Kläger mit Recht auferlegt."

---

39. Haftet, wenn mehrere ein Eisenbahnunternehmen gemeinschaftlich betreiben, jeder von ihnen als Gesamtschuldner für Ansprüche Dritter aus § 1 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871? Stellung des preußischen Eisenbahnfiskus bezüglich der unter die preußisch-hessische Eisenbahngemeinschaft fallenden Großherzoglich hessischen Staatseisenbahnen.

VI. Civilsenat. Urt. v. 10. Juli 1902 i. S. preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. VI. 136/02.

I. Landgericht Gießen.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Der Kläger war am 20. September 1899 auf einer Haltestelle der oberhessischen Nebenbahn Friedberg-Hungen (Melbach), als er, um in einen nach Friedberg zu fahrenden Zug einzusteigen, sich auf einem Bahngleise befand, von der Lokomotive des auf diesem in den Bahnhof einfahrenden Zuges erfaßt und schwer verletzt worden.

Er klagte auf Grund des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871 auf Schadensersatz, und zwar gegen den preußischen Eisenbahnfiskus, vertreten durch die Eisenbahndirektion in Frankfurt a. M. Das Oberlandesgericht Darmstadt erklärte den Anspruch dem Grunde nach für berechtigt; die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen. Über die Frage, ob, dafern dem Kläger ein Schadensersatzanspruch zustehe, er auch gegenüber dem preußischen Eisenbahnfiskus begründet erscheine, sagt das Reichsgericht in den

Gründen:

„Der Beklagte hat in zweiter Instanz vorgebracht, daß, selbst wenn ein Entschädigungsanspruch des Klägers bestände, doch jedenfalls er, der Beklagte, nicht passiv legitimiert sein würde. Nach dem preußisch-hessischen Staatsvertrage vom 23. Juni 1896 wäre dann vielmehr allein der hessische Fiskus, den die Eisenbahndirektion zu Frankfurt a. M. zu vertreten nicht berufen sei, haftbar.

Das Berufungsgericht hat diesen Einwand verworfen. Nach dem erwähnten Staatsvertrage erfolge der Betrieb aller durch diesen zu einer Betriebs- und Finanzgemeinschaft vereinigten Bahnen gemeinsam und für Rechnung der beiden Staaten in der Weise, daß sämtliche Betriebseinnahmen und -Ausgaben als gemeinsam anzusehen seien, und der Überschuß zwischen beiden Staaten nach einem vertragsmäßig speziell festgesetzten Maßstabe verteilt werde. Es seien also die beiden Staaten zu einem gemeinschaftlichen Unternehmen zusammengetreten, und zwar zu einem, das den Betrieb von Handelsgeschäften zum Gegenstande habe. In der in Art. 6 des Staatsvertrages enthaltenen Erklärung, daß die vereinigten Bahnen zu einer Betriebsgemeinschaft vereinigt würden, liege aber die Erklärung, daß die beiden Bundesstaaten wie Teilhaber einer offenen Handelsgesellschaft für alle Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch haften wollten. An diese öffentlich abgegebene Erklärung seien sie gebunden, ohne Rücksicht

darauf, wie sie ihr Verhältnis zu einander nach innen geregelt oder sich vorgestellt hätten. Danach hafte jeder der beiden Teilhaber der Betriebsgemeinschaft für deren Verpflichtungen uneingeschränkt und unmittelbar.

Die Revision bekämpft diese Ausführungen als rechtsirrtümlich. Die preußisch-hessische Betriebs- und Finanzgemeinschaft möge als ein gesellschaftliches oder genossenschaftliches Verhältnis aufzufassen sein; aber es sei zugleich öffentlichrechtlicher Natur, und die Vorschriften des bürgerlichen Rechts könnten darauf nicht ohne weiteres angewendet werden. Entscheidend sei vielmehr in erster Linie der Staatsvertrag, der nach seinem Inhalte und an der Hand der Entstehungsgeschichte sowie der beiderseitigen sonst abgegebenen, die Absicht der Vertragschließenden zum Ausdruck bringenden, protokollarisch festgelegten Erklärungen auszulegen sei. Nach diesen seien zwar etwaige Unfälle aus den Mitteln der gemeinschaftlichen Kasse zu vergüten; aber die rechtliche Vertretung der Gemeinschaft nach außen sei nach einer, durch das Großherzogliche Justizministerium auch veröffentlichten, protokollarischen Vereinbarung dem Fiskus desjenigen Staates, um dessen Bahn es sich im gegebenen Falle handele, vorbehalten. Die Auffassung des Berufungsgerichts würde zu der gewiß nicht beabsichtigten Konsequenz führen, daß, wie der preußische Staat für alle auf hessischen Staatsbahnen vorkommenden Unfälle, so auch für solche auf preußischen der hessische Staat haftbar wäre.

Dieser Angriff konnte keinen Erfolg haben.

Durch den Staatsvertrag ist für die in Art. 6 desselben bezeichneten hessischen Bahnen und den gesamten preußischen Staatseisenbahnbesitz, ohne Veränderung der Eigentumsverhältnisse an den Bahnen selbst, eine Betriebs- und Finanzgemeinschaft geschaffen worden, in der Weise, daß der Betrieb der vereinigten Bahnen für Rechnung beider Staaten erfolgt, die sämtlichen Betriebseinnahmen und -Ausgaben gemeinsam sind, und der Überschuß nach einem speciell festgestellten Maßstabe verteilt wird (Artt. 6 flg.). Der Betriebsgemeinschaft entspricht eine Verwaltungsgemeinschaft; Centralbehörde für diese ist das preußische Ministerium der öffentlichen Arbeiten, in welchem ein hessischer Beamter die Funktion eines etatmäßigen vortragenden Rates bekleidet und speziell mit der Bearbeitung von die hessischen Bahnen betreffenden Angelegenheiten beschäftigt wird (Vertrag Art. 13

unter 1; Schlußprotokoll dazu vom 23. Juni 1896 unter VII Abs. 1 [hessisches Reg.-Bl. 1896 S. 200 flg.]; Bekanntmachung des hessischen Finanzministeriums vom 16. Dezember 1896 [ebenda S. 211]). Mit der unmittelbaren Leitung und Beaufsichtigung der zur Gemeinschaft gehörigen hessischen Bahnen sind zwei Eisenbahndirektionen beauftragt, die zu Mainz und die zu Frankfurt a. M.; die erstere führt, „um auch äußerlich die Beziehungen beider Staaten zu dem Gemeinschaftsverhältnis zum Ausdruck zu bringen",

vgl. die Begründung der den Vertrag betreffenden preußischen ständischen Vorlage in den Drucksachen des Hauses der Abgeordneten, XVIII. Legislaturperiode, 4. Session (1896/97) Bd. 1 Nr. 5 S. 46,

die Bezeichnung „Königlich Preußische und Großherzoglich Hessische Eisenbahndirektion"; in dieselbe sind fünf hessische Beamte eingetreten; zwei solche sollen ihr dauernd angehören; vor Besetzung der übrigen Stellen soll die hessische Regierung gehört werden. In der — nur die Bezeichnung „Königlich Preußische" führenden — Eisenbahndirektion in Frankfurt a. M. befinden sich zwei hessische Mitglieder; mindestens eines soll immer vorhanden sein (Vertrag Art. 13 unter 2. 3, Art. 14 unter 1. 2, Art. 15 unter 4, Schlußprotokoll unter VII, VIII).

Für die beiden Direktionen ist — entsprechend dem preußischen Gesetze vom 1. Juni 1882 — ein gemeinschaftlicher Bezirkseisenbahnrat gebildet, von dem zwei hessische Vertreter für den preußischen Landeseisenbahnrat gewählt werden (Vertrag Art. 18 unter 4).

Die auf hessischem Gebiete gelegenen Dienststellen der Verwaltungsgemeinschaft führen die Bezeichnung als „Großherzoglich Hessische", soweit als die gleichen Stellen in Preußen die Bezeichnung als „Königlich Preußische" führen (Vertrag Art. 13 unter 4).

Aus diesen Bestimmungen und dem sonstigen Inhalte des Vertrages ist nicht zu entnehmen, daß es in der Absicht der kontrahierenden Staaten gelegen habe, in der preußisch-hessischen Eisenbahngemeinschaft eine Einrichtung zu schaffen, welcher der Charakter selbständiger juristischer Persönlichkeit zukommen sollte, sei es in der Art, daß sie einen zu einer Einheit verschmolzenen preußisch-hessischen Eisenbahnfiskus darstellen, sei es, daß sie als selbständiger Träger von Rechten und Pflichten neben dem preußischen und dem hessischen Eisenbahnfiskus bestehen solle. Direkt gegen eine solche Auffassung spricht die von der Revision hervorgehobene, in die Begründung der preußischen

Vorlage aufgenommene (angezogene Drucksachen S. 45), von dem hessischen Justizministerium besonders bekannt gegebene protokollarische Erklärung der kontrahierenden Staaten, wonach, „in Angelegenheiten der Finanzgemeinschaft rücksichtlich der preußischen Staatsbahnen der preußische, rücksichtlich der hessischen Staatsbahnen der hessische Fiskus das durch die Eisenbahndirektionen zu vertretende Rechtssubjekt sein soll". Denn damit ist ausgesprochen, daß die Träger der aus der Gemeinschaft hervorgehenden Rechte und Pflichten die beiden Staaten seien, also nicht die Gemeinschaft als selbständiges Rechtssubjekt.

Die Auffassung der Vorinstanz, welche die durch den Staatsvertrag begründete Gemeinschaft der beiden Staaten in civilrechtlicher Beziehung als ein der Gesellschaft entsprechendes Rechtsverhältnis angesehen hat, erscheint hiernach zutreffend. Wenn dieselbe aber weiter, weil der Betrieb von Eisenbahnen den Gegenstand des gemeinsamen Unternehmens bildet, angenommen hat, daß die Gemeinschaft civilrechtlich nach den Grundsätzen über die offene Handelsgesellschaft zu beurteilen sei, so lassen sich hiergegen allerdings erhebliche Bedenken erheben, da es nicht nur als zweifelhaft erscheint, ob das Requisit einer gemeinschaftlichen Firma gegeben sei, sondern auch erhebliche Gründe sich gegen eine solche Beurteilung aus dem Umstande ergeben, daß die in Frage stehende Gemeinschaft vor allem staatsrechtlicher Natur ist und in erster Reihe nach den Grundsätzen des öffentlichen Rechtes beurteilt werden muß.

Einer Entscheidung hierüber bedarf es jedoch nicht; denn auch wenn die Anwendung der Vorschriften über die offene Handelsgesellschaft für ausgeschlossen erachtet werden müßte, würde doch zu einer Beachtung des in Rede stehenden Revisionsangriffs nicht zu gelangen sein. Nach dem, was oben aus dem Inhalte des Staatsvertrages wiedergegeben worden ist, erscheint es nämlich zweifellos, daß der preußische Staat bezüglich der von Hessen in die Gemeinschaft eingeworfenen Bahnen zum mindesten neben dem hessischen Staate Betriebsunternehmer im Sinne von § 1 des Haftpflichtgesetzes ist. Er ist in Bezug auf diese Bahnen keineswegs nur an den Erträgnissen interessiert und beteiligt; es ist ihm vielmehr auch hinsichtlich der Leitung und Beaufsichtigung ein durchaus wesentlicher Einfluß eingeräumt, da die Bahnen einem preußischen Ministerium als der Centralbehörde unterstellt sind, und die unmittelbare Leitung und Beauf-

sichtigung Behörden obliegt, die in erster Linie solche des preußischen Staates sind, dem auch allein die Ernennung der Vorstände dieser Behörden vorbehalten ist.

Ist aber der jetzt verklagte Staatsfiskus hiernach jedenfalls Mitunternehmer für die hier in Frage stehende Bahnstrecke Friedberg-Hungen, die der Eisenbahndirektion Frankfurt a. M. unterstellt ist (vgl. die Bekanntmachung des hessischen Finanzministeriums vom 24. März 1897, Reg.-Bl. S. 58. 59), so haftet er auch, und zwar als Gesamtschuldner, für den aus dem Unfalle vom 20. September 1899 dem Kläger erwachsenen Schaden. Ob dies bei einer Legalobligation der hier in Frage stehenden Art aus allgemeinen Grundsätzen des gemeinen Rechts abgeleitet werden könnte,

vgl. die Vorschriften über die Haftung mehrerer Bewohner eines Raumes bei der actio de effusis et dejectis in l. 1 § 10, l. l. 2. 3 Dig. de his qui effud. 9, 3, andererseits l. 7 § 5 Dig. naut. caup. 4, 9,

kann dahingestellt bleiben; denn die Beantwortung dieser Frage ist nicht aus dem Landesrechte, sondern aus dem Reichsgesetze vom 7. Juni 1871 zu entnehmen. Eine ausdrückliche Vorschrift hierüber enthält dieses Gesetz allerdings nicht; nach seinem Grund und Zweck erscheint aber die Annahme berechtigt, daß, wenn durch die auf den Betrieb einer Bahn gerichtete Tätigkeit mehrerer Unternehmer ein Unfall herbeigeführt worden ist, jeder von ihnen nach Maßgabe des Gesetzes für den entstandenen Schaden voll einzustehen habe. Das ist in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts,

vgl. Entsch. dess. Bd. 21 S. 362 flg., Bd. 23 S. 1 flg.,

und des Reichsgerichts,

vgl. Eger, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen Bd. 3 S. 109 flg.; Sächs. Archiv für bürgerl. Recht ꝛc Jahrg. 1900 S. 617 flg.,

für die Fälle angenommen worden, wo beim Betriebe zweier Eisenbahnen auf demselben Bahnkörper durch verschiedene selbständige Betriebsunternehmer oder an einer Kreuzungsstelle zweier Bahnen infolge eines zufälligen Zusammentreffens der beiderseitigen Betriebstätigkeit ein Mensch getötet oder verletzt worden ist, und es liegt kein Grund vor, die Sache anders zu beurteilen, wenn sich, wie hier geschehen, mehrere Unternehmer zu einem gemeinschaftlichen Bahnbetriebe vereinigt haben.

Vgl. auch Eger, Haftpflichtgesetz, 5. Aufl. S. 91 flg. unter III; Endemann, Haftpflicht der Eisenbahnen, 3. Aufl. S. 45; Wester-

kamp, in Endemanns Handbuch des deutschen Handelsrechts Bd. 3 Buch 3 S. 645 flg.; Urteil des Oberlandesgerichts Frankfurt a. M. in Egers Eisenbahnrechtlichen Entscheidungen Bd. 4 S. 76 flg.

An dieser aus den Bestimmungen des Reichsgesetzes sich ergebenden Beurteilung würde durch den in Frage stehenden Staatsvertrag nichts haben geändert werden können (vgl. auch Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 56); er enthält aber auch nichts hierüber, und auch die von der Revision angeführte, oben bereits erwähnte protokollarische Erklärung läßt in keiner Weise erkennen, daß man dabei die Frage, ob bei Eisenbahnunfällen eine Solidarhaftung der beiden Staaten stattfinde, im Auge gehabt habe.

Wenn die Revision weiter darauf hingewiesen hat, daß bei der Annahme eine Solidarhaftung des preußischen Eisenbahnfiskus für die Folgen eines Unfalls auf einer hessischen Strecke sich die Folgerung ergeben würde, daß umgekehrt auch der hessische Staat für jeden auf irgend einer Strecke der preußischen Staatsbahnen vorkommenden Unfall einzustehen habe, so würde diese, praktisch übrigens kaum erhebliche, Konsequenz an der aus dem Haftpflichtgesetze zu entnehmenden Beurteilung natürlich ebenfalls nichts ändern können; es mag indes darauf hingewiesen werden, daß nach dem Staatsvertrage die Stellung Hessens bezüglich der preußischen Staatsbahnen, was die Leitung und Beaufsichtigung betrifft, keineswegs derjenigen gleich ist, die Preußen bezüglich der hessischen Bahnen einnimmt." ...

---

40. 1. Kann der Käufer im Falle zum voraus erklärter ernstlicher Erfüllungsverweigerung des Verkäufers vor Ablauf der Lieferungsfrist seinen Willen erklären, sich, wenn der Verkäufer auf seiner Weigerung bestehe und danach bei Verfall nicht leiste, auf eine spätere Erfüllung nicht einzulassen, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren?

2. Unter welchen Voraussetzungen kann der Käufer einen Deckungskauf vor Ablauf der Lieferungsfrist vornehmen?

II. Civilsenat. Urt. v. 11. Juli 1902 i. S. E. (Kl.) w. R. K. & Co. (Bekl.). Rep. II. 129/02.

I. Landgericht Hamburg, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hatte der Beklagten mit Abschluß vom 6. Juni 1900 2000 Tonnen Nußkohlen, lieferbar zu Rotterdam Juni bis August nach Verkäufers Wahl, verkauft. Er „annullierte" durch Schreiben vom 17. Juli 1900 diesen Abschluß aus nach Annahme der Vorderrichter nicht gerechtfertigten Gründen und verweigerte unter Berufung auf diese Annullierung in der Folge die Lieferung der Kohlen. Die Beklagte deckte sich darauf nach vorgängiger Androhung durch anderweitigen Einkauf der Kohlen mit Abschluß vom 22. August 1900 und rechnete ihren Schaden, den sie (soweit hier erheblich) aus der Preisdifferenz des Deckungskaufs und des Kaufs vom 6. Juni berechnet hatte, auf die an sich unstreitige Klageforderung auf. Gegen jenen Schadensersatzanspruch hatte der Kläger unter anderem auch geltend gemacht, es sei die in § 326 Abs. 1 B.G.B. zur Begründung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geforderte Setzung einer Nachfrist nicht erfolgt, überdies habe sich Beklagte bereits vor Ablauf der Lieferzeit eingedeckt, Beklagte habe ferner durch Weiterverkauf der eingedeckten Kohlen infolge der höher gegangenen Konjunktur auch um soviel höhere Preise erzielt, daß hierdurch der berechnete Schadensbetrag wieder ausgeglichen worden sei.

Mit dem die Revision des Klägers zurückweisenden Urteile wurden die auf diese Einwendungen gestützten Revisionsangriffe zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

. . . „Die Revision hat . . . Verletzung des § 326 Abs. 1 B.G.B. gerügt, da die dort zur Begründung des Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung geforderte Setzung einer Nachfrist mit der Androhung, daß nach deren Ablauf Annahme der Leistung abgelehnt werde, hier nicht erfolgt sei. Diese Rüge ist nicht gerechtfertigt.

Der erkennende Senat hat in der Sache St. wider Br. — Rep. II. 32/02, Urteil vom 27. Mai 1902 — rechtsgrundsätzlich ausgesprochen, daß bei einem gegenseitigen Vertrage es zum Eintritte der in § 326 Abs. 1 Satz 2 bestimmten Rechtsfolgen der daselbst vorgesehenen Fristbestimmung nicht bedürfe, wenn der im Verzug befindliche Teil sich ernstlich geweigert hat, den Vertrag zu erfüllen,

und der vertragstreue Teil daraufhin Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordert. Der erkennende Senat hat nach wiederholter Prüfung dieser Rechtsfrage keinen Anlaß, von diesem, mit dem ersten Entscheidungsgrunde des Berufungsrichters im wesentlichen übereinstimmenden, rechtlichen Standpunkte abzugehen. Der hier zu entscheidende Fall bietet die Besonderheit, daß die Erklärung der Beklagten, auf den Fall der Nichterfüllung der Leistung während der Lieferungszeit statt der Erfüllung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren, in Wirklichkeit vor Ablauf der Lieferungszeit, also vor Eintritt des Erfüllungsverzuges erfolgt ist. Es ist jedoch nur eine Rechtsfolge der in der bezogenen Entscheidung des erkennenden Senats gebilligten Rechtsansicht, worauf in der Begründung jener Entscheidung bereits hingewiesen wurde, daß der Käufer im Falle zum voraus erklärter, ernstlicher Weigerung des Verkäufers sofort seinen Willen erklären kann, sich, wenn der Verkäufer auf seiner Erfüllungsweigerung bestehe und danach bei Verfall nicht leiste, auf eine spätere Erfüllung nicht einzulassen, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu begehren. Die Beklagte hat auf die Erfüllungsweigerung des Klägers solche Erklärungen wiederholt in den Briefen vom 14. und 27. August 1900 abgegeben. Diese Erwägungen reichen für die Annahme zu, daß auf Grund jener Erklärungen der Beklagten mit dem nach Ablauf der Lieferungsfrist auf Ende August eingetretenen Lieferungsverzuge des Klägers der Beklagten ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 326 Abs. 1 Satz 2 zustand. . . .

Nach den gegebenen Ausführungen kann die Beklagte nur Ersatz des Schadens begehren, der ihr durch Nichtlieferung bis Ende August erwachsen ist. Sie hat ihrer Schadensberechnung einen Deckungskauf schon vom 22. August 1900 zu grunde gelegt. Das Berufungsgericht hat jedoch nach den Umständen des gegebenen Falls das Gesetz dadurch nicht verletzt, daß es den Einwand des Klägers, dieser Deckungskauf sei verfrüht, zurückwies und die Beklagte für berechtigt erklärte, ihrer Schadensforderung diesen Deckungskauf zu grunde zu legen. Nach dem neuen Rechte bildet, wie nach dem bisherigen Rechte, der Deckungskauf lediglich ein rein tatsächliches Element für die Liquidation des durch die Nichterfüllung des Verkäufers entstandenen Schadens, und handelt dabei insbesondere der Käufer nicht

als Beauftragter oder Geschäftsführer im Namen und für Rechnung des Verkäufers. Der Regel nach wird allerdings der Käufer, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrags fordert und diesen auf einen von ihm vorgenommenen Deckungskauf stützt, den Deckungskauf erst mit dem eingetretenen Verzuge des Verkäufers oder mit Ablauf der gegebenen Nachfrist vornehmen dürfen. Allein unter Umständen kann auch ein vor diesem Zeitpunkte von dem Käufer abgeschlossener Deckungskauf der Schadensberechnung zu grunde gelegt werden, wie für das bisherige Recht mehrfach ausgesprochen wurde.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 4 S. 69, Bd. 15 S. 66 und Urt. des III. Civilsenates vom 29. März 1887 in der Sache Karlshütte wider Sangerhausener Maschinenfabrik, Rep. III. 340/86.

Solche besondere Umstände liegen aber im gegebenen Falle vor, wie das Berufungsgericht mit Recht hervorhebt. Der Kläger hatte wiederholt und ernstlich in einer Weise, die jeden Zweifel darüber ausschloß, daß er bis Ablauf der Lieferungszeit keinesfalls liefern werde, die Erfüllung verweigert; die Beklagte hat ferner zur Erfüllung der ihrerseits übernommenen Verbindlichkeiten zum voraus sich sichern müssen. Bei dieser Sachlage konnte sie dem Kläger, wie dies mit Brief vom 14. August geschehen, die anderweite Deckung in Aussicht stellen und dann den Deckungskauf vom 22. August abschließen; sie hat übrigens den Kläger, mit dem sie jenen Deckungskauf abschloß, alsbald darauf hingewiesen, daß sie diesen Abschluß zur Eindeckung der von ihm aus dem hier streitigen Geschäfte zu liefernden 1000 Tonnen mache. Zwar blieb dem Kläger offen, durch Erfüllung während der noch laufenden Lieferungszeit den Schadensersatz wegen Nichterfüllung abzuwenden, und es wäre für diesen Fall der Deckungskauf vom 22. August auf Gefahr der Beklagten gegangen und für den Kläger an sich ohne Bedeutung gewesen. Da aber der Kläger bis Ende August seine vertraglichen Verpflichtungen nicht erfüllt hat, so kann nunmehr die Beklagte jenen Deckungskauf ihrer Schadensberechnung zu grunde legen, umsomehr, als Kläger, wie das Berufungsgericht zutreffend hervorhob, nicht die Behauptung aufgestellt hat, daß Beklagte sich nach Ablauf der Lieferungszeit billiger hätte eindecken können. Das Berufungsgericht hat daher gegen das Gesetz nicht verstoßen, wenn es bei dieser, von ihm im einzelnen gewürdigten Sachlage auf Grund des ihm nach § 287 C.P.O.

zustehenden freien Ermessens diesen Deckungskauf bei Bemessung des der Beklagten zu ersetzenden Schadens, wie geschehen, zu grunde legte. Da nach den oben gegebenen rechtlichen Ausführungen die Beklagte wegen der Erfüllungsweigerung des Klägers von der in Satz 1 des § 326 B.G.B. Abs. 1 geforderten Nachfristsetzung befreit war und schon vor dem Leistungsverzuge des Klägers ihr Wahlrecht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung für den Fall ausüben konnte, daß Kläger seinen vertragsmäßigen Verpflichtungen nicht nachkomme, so entfallen auch die Bedenken, die bei Staub, Handelsgesetzbuch 6. und 7. Aufl., Exkurs zu § 374 Anm. 60, gegen die Berechtigung zur Vornahme eines Deckungskaufs vor Ablauf der Lieferungsfrist aus dem neuen Rechte, hier insbesondere aus dem ersten Satze des § 326 Abs. 1 a. a. O. entnommen sind.

Der Kläger hatte in der Berufungsinstanz gegen die Schadensforderung der Beklagten weiter eingewendet, Beklagte habe durch die Weiterverkäufe der eingedeckten Kohle infolge der höher gegangenen Konjunktur auch um so viel höhere Preise erzielt, daß hierdurch der berechnete Schadensbetrag wieder ausgeglichen worden sei. Da nach Sachlage hier nur Weiterverkäufe auf Leistung nach der Lieferungszeit des ursprünglichen Kontrakts in Frage kommen können, so ist dieser Einwand schon aus rechtlichen Erwägungen nicht gerechtfertigt. Durch die Deckung ist für die Zeit des eingetretenen Verzugs der durch Nichterfüllung des Verkäufers eingetretene Schaden ausgeglichen, indem durch die Deckung der Käufer dasjenige erhält, was er bei unverändertem Fortbestande des Vertrages von dem Verkäufer hätte verlangen können. Dabei braucht der Käufer ein aktuelles Interesse an der anderweiten Beschaffung der Ware nicht darzutun, er braucht nicht zu beweisen, daß die Deckung notwendig war. Was der Käufer durch den Weiterverkauf der eingedeckten Ware erhält, hat er bei der Schadensberechnung dem Verkäufer nicht gutzuschreiben. Die Voraussetzungen der Vorteilsausgleichung — compensatio lucri cum damno — liegen hier nicht vor." ...

41. Hat ein in einem ausländischen Konkursverfahren abgeschlossener Zwangsvergleich den Untergang der angemeldeten und zugelassenen Forderung eines inländischen Gläubigers über die Dividende hinaus mit Wirkung auch für das Inland zur Folge? Tritt diese Wirkung wenigstens dann ein, wenn der inländische Gläubiger bei Abschluß des Zwangsvergleichs mitgewirkt und ihm zugestimmt hat?

II. Civilsenat. Urt. v. 11. Juli 1902 i. S. Pl. (Kl.) w. St. (Bekl.). Rep. II. 130/02.

I. Landgericht Düsseldorf.
II. Oberlandesgericht Köln.

Aus den Gründen:

... „Der Beklagte und Revisionsbeklagte hat nach der Beurkundung insbesondere des Tatbestandes erster Instanz zugegeben, auf Grund eines früheren Gesellschaftsverhältnisses mit dem Kläger diesem denjenigen Betrag von Hauptsumme 5932,45 Franken schuldig geworden zu sein, von welchem der Kläger einen Teilbetrag von 1600 ℳ mit der gegenwärtigen, beim Landgericht Düsseldorf als auf Grund des § 23 C.P.O. zuständigen Gericht erhobenen Klage fordert; er hat diesem Anspruch lediglich die Einrede entgegengesetzt, daß diese Forderung durch das im Fallimente des Beklagten zu Bordeaux im Jahre 1893, den Bestimmungen des französischen Konkursrechtes entsprechend, formell und materiell rechtswirksam zustande gekommene Konkordat untergegangen sei. In dieser Hinsicht ist unbestritten, auch in den Instanzen ausdrücklich festgestellt, daß der Kläger zu jenem Falliment des Beklagten seine vorangegebene Forderung angemeldet hatte, daß er durch seine Bevollmächtigte, die Firma B. & Cie., dem Konkordat zugestimmt, und die letztere unterm 1. Juni 1896 über den Empfang der Konkordatsdividende Saldoquittung erteilt hat.

Anlangend die Frage, welchen Einfluß diese Vorgänge auf den Bestand der klägerischen Forderung, soweit dieselbe nicht durch jene Dividende gedeckt worden ist, gehabt haben, so ist zunächst mit dem Oberlandesgericht davon auszugehen, daß an sich die bloße Beteiligung eines inländischen Gläubigers an dem ausländischen Konkurse den nach dem ausländischen Rechte eintretenden Untergang der angemeldeten Forderung über die Akkordrate hinaus für das Inland nicht zur

Folge hat. Die vereinzelt namentlich von v. Bar (Internationales Privatrecht Bd. 2 S. 488) vertretene gegenteilige Ansicht kann als zutreffend nicht erachtet werden und ist namentlich auch bisher vom Reichsgericht,

vgl. Entsch. in Civils. Bd. 21 S. 7 flg.; Bd. 24 S. 383 flg., besonders S. 388. 389,

nicht gebilligt worden. Die für dieselbe gegebene Begründung, daß, wenn der inländische Gläubiger an den unter Umständen mit dem Konkordat verbundenen Vorteilen teilnehme, er nach Treue und Glauben auch die nachteiligen rechtlichen Folgen auf sich nehmen müsse, ist insbesondere für das deutsche Recht nicht entscheidend. Die in Frage stehende Wirkung des Untergangs der Forderungen der anmeldenden Gläubiger knüpft sich an einen mit dieser Wirkung durch das ausländische Gesetz ausgestatteten, von der Genehmigung der ausländischen Gerichte bedingten Rechtsakt, der, soweit er als solcher vom inländischen Recht nicht anerkannt wird, ebenso, wie an sich ein ausländisches Urteil für das Inland die Rechtswirkung des Untergangs der Forderung des inländischen Gläubigers nicht haben kann. Daß das deutsche Konkursrecht, wenngleich in den Motiven zu den §§ 207. 208 (S. 457) und in den Verhandlungen der Kommission (Protokolle S. 196 flg.) einem freieren Standpunkt das Wort geredet ist, doch auf diesem Grundsatze der bloß territorialen Wirkung der ausländischen Konkurse beruht, ergibt insbesondere die Bestimmung des § 237 K.O. (früher § 207), der ausnahmslos die Zwangsvollstreckung in das im Inlande befindliche Vermögen des ausländischen Kridars zuläßt.

Wenn hiernach das in Bordeaux zustande gekommene Konkordat des Beklagten den Untergang der jetzt eingeklagten Forderung des Klägers nicht schon wegen der bloßen Beteiligung desselben an dem Fallimente zur Folge gehabt hat, so fragt es sich weiter, ob diese Wirkung, wie das Oberlandesgericht angenommen hat, dadurch eingetreten ist, daß der Kläger durch seinen Bevollmächtigten jenem Konkordat zugestimmt hat. In dieser Hinsicht könnte der Untergang der Forderung nur aus dem Gesichtspunkte des Vertrags, infolge eines freiwilligen Verzichts hergeleitet werden. Nun kann ein solcher Verzicht in der Zustimmung zu dem Konkordate allerdings gefunden werden; aber an sich ergibt er sich daraus nicht. Diese Zustimmung hat als solche rechtlich nur die Bedeutung, daß der Gläubiger, der

seine Stimme in bejahendem Sinne abgibt, für das Zustandekommen der Auseinandersetzung zwischen den Gläubigern und dem Gemeinschuldner im Wege des Zwangsvergleichs durch das ihm zustehende Stimmrecht eintritt. Insbesondere aber bei dem ausländischen Konkurse kann der Zustimmung des inländischen Gläubigers keinesfalls ohne weiteres eine weitere Tragweite beigelegt werden, als daß derselbe sich bezüglich seiner Forderung mit denjenigen Wirkungen einverstanden erklärt, welche das ausländische Konkordat für ihn als inländischen Gläubiger überhaupt hat.

Nun hat zwar das Oberlandesgericht in seinen Ausführungen angenommen und dargetan, daß der Kläger tatsächlich und freiwillig auf den Überschuß seiner Forderung verzichtet habe. Das ist aber um deswillen rechtsirrtümlich, weil die Annahme immer doch lediglich auf die Tatsache der Zustimmung zu dem Konkordat gegründet wird, die an sich rechtlich diese Bedeutung nicht hat. Insbesondere ist es rechtsirrig, wenn das Oberlandesgericht entscheidendes Gewicht darauf legt, daß die Zustimmung ohne Vorbehalt erklärt worden sei, weil nur derjenige einen Vorbehalt zu machen hat, welcher bewirken will, daß seine Willenserklärung eine sonst nach dem Gesetze eintretende Folge nicht habe; das war aber nicht erforderlich, weil, wie ausgeführt, das ausländische Konkordat eben nicht zum Nachteile des inländischen Gläubigers im Inlande wirkt. Spezielle Gründe und tatsächliche Umstände dafür, daß es Absicht des Klägers bei der Abgabe seiner Stimme für das Konkordat gewesen sei, auf seine Forderung über die Dividende hinaus und insbesondere auf deren Geltendmachung im Inlande zu verzichten, hat das Oberlandesgericht nicht gegeben; es sind solche aber auch vom Beklagten ersichtlich niemals geltend gemacht und behauptet worden. Das Oberlandesgericht hat namentlich selbst kein Gewicht auf den Inhalt der Saldoquittung vom 1. Juni 1896 gelegt, die sich ihrem Inhalte nach auch nur auf die Dividende bezieht.

Danach erscheint die Abweisung der Klage nicht gerechtfertigt. Vielmehr mußte unter Aufhebung des angefochtenen Urteils, da auch aus den feststehenden Tatsachen die Begründetheit des Klaganspruchs sich ergibt, gemäß § 565 Abs. 3 Ziff. 1 C.P.O. zur Sache selbst wie geschehen nach dem Klagantrage erkannt werden." ...

42. Ist der Rechtsweg über die Frage, ob einem Gewerbetreibenden der Eingangszoll auf Grund des § 7 Ziff. 3 des Gesetzes, betr. die Abänderung des Zolltarifgesetzes, vom 14. April 1894 nach Maßgabe eines von den Zollbehörden festzusetzenden Ausbeuteverhältnisses nachzulassen ist, durch reichsgesetzliche Vorschriften ausgeschlossen?

VII. Civilsenat. Urt. v. 11. Juli 1902 i. S. hamb. Generalzolldirektion (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. VII. 167/02.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Nach § 7 Ziff. 2 des Gesetzes, betr. die Abänderung des Zolltarifgesetzes, vom 14. April 1894 (R.G.Bl. S. 355) wird den Inhabern von Mühlen für die Ausfuhr der von ihnen hergestellten Mühlenfabrikate eine Erleichterung dahin gewährt, daß ihnen nach ihrer Wahl der Eingangszoll für eine der Ausfuhr entsprechende Menge des zur Mühle gebrachten ausländischen Getreides nachgelassen wird, oder daß ihnen sog. Einfuhrscheine erteilt werden, auf Grund deren sie eine entsprechende Menge Getreide oder gewisser anderer Waren zollfrei einzuführen berechtigt sind. Über das hierbei in Rechnung zu stellende Ausbeuteverhältnis trifft der Bundsrat Bestimmung. Ihm sind auch nach Ziff. 4 die näheren Anordnungen, insbesondere in Bezug auf die Form der Einfuhrscheine sowie auf die Beschaffenheit, Mindestqualität, der mit dem Anspruch auf Erteilung von Einfuhrscheinen ausgeführten Waren überlassen. Infolgedessen hat der Bundesrat unter dem 27. April 1894 Ausführungsbestimmungen und ein Regulativ erlassen.

Vgl. Centralblatt für das Deutsche Reich S. 178. 209.

Danach ist das Ausbeuteverhältnis für gebeuteltes Mehl aus Weizen auf 75 Prozent festgesetzt. Ferner ist gesagt, daß, wenn aus Getreide andere Mühlenfabrikate (Schrot, Graupe, Gries, Grütze ꝛc) hergestellt würden, die Festsetzung des Ausbeuteverhältnisses für jede einzelne Fabrikationsanstalt auf Grund specieller Ermittelungen seitens der Direktivbehörde erfolge (§ 9 Abs. 4 des Regulativs, Ziff. 1 Abs. 3 der Ausführungsbestimmungen).

Der Kläger führte im Jahre 1897 200 Sack netto 19860 Kilogramm Weizenmehl über das Hauptzollamt Jonas in Hamburg aus.

Dafür beanspruchte er eine Bonifikation von 926,80 ℳ d. i. den Zoll für 26480 Kilogramm Weizen — wovon die ausgeführte Mehlmenge 75 Prozent beträgt —. Er wurde mit seinem Anspruche von den Verwaltungsbehörden (dem Hauptzollamt und dem Senat in Hamburg, dem Reichsschatzamt und dem Bundesrat) abgewiesen und machte ihn nunmehr im Rechtswege geltend, indem er behauptete, das von ihm ausgeführte Mehl sei gebeuteltes Mehl im Sinne der Ausführungsvorschriften, und mindestens habe die Direktivbehörde das Ausbeuteverhältnis im Wege spezieller Ermittelung festsetzen müssen.

Die Beklagte erklärte den Rechtsweg für unzulässig und verweigerte die Einlassung zur Hauptsache.

Die Einrede wurde von den Vorinstanzen verworfen, und auch die Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Die nach § 70 G.V.G., § 75 hamb. Ausf.-Ges. zum G.V.G. vom 23. April 1879 und § 547 Nr. 2 C.P.O. zulässige Revision ist nicht begründet.

Wie aus den Schlußsätzen des Berufungsurteils hervorgeht, erklärt der Berufungsrichter den Rechtsweg in dem Sinne für zulässig, daß die Frage, ob dem Kläger eine Zollbefreiung auf Grund des § 7 Nr. 3 des Gesetzes vom 14. April 1894 nach Maßgabe eines von den Zollbehörden festzusetzenden Ausbeuteverhältnisses zustehe, vor den ordentlichen Gerichten zum Austrage zu bringen sei. Nach dem Tatbestande hat der Anwalt der Beklagten auf gerichtliches Befragen, ob die Zollbehörde nur die Gewährung einer Vergütung unter Zugrundelegung eines Ausbeuteverhältnisses von 75 Prozent verweigere oder eine Vergütung überhaupt nicht gewähren wolle, eine Erklärung nicht abgegeben, und der Berufungsrichter ist deshalb davon ausgegangen, daß die letztere Alternative zutreffe, daß also über die Zollbefreiung an sich gestritten werde. Nur hierüber, nicht über das zur Anwendung zu bringende Ausbeuteverhältnis will er das Gericht entscheiden lassen. Das Revisionsgericht könnte dieser Annahme nur vom Standpunkte des Reichsrechts entgegentreten. Es gibt indessen keine reichsrechtlichen Normen, welche den Rechtsweg in dem gekennzeichneten Umfange ausschlössen.

Das Reichsgericht hat wiederholt darüber zu befinden gehabt, ob die Rückforderung eines angeblich zu Unrecht gezahlten Zollbetrages

der Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte durch Reichsgesetz entzogen sei; es hat die Frage verneint und angenommen, daß durch das Vereinszollgesetz nur die Anwendung des Tarifs, die Unterstellung einer bestimmten Waare oder Warengattung unter eine bestimmte Tarifposition gemäß § 12 des Gesetzes vom 7. Juli 1869 ausschließlich den Zollbehörden vorbehalten sei.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 36 flg., Bd. 16 S. 37 flg., Bd. 42 S. 107 flg., vgl. auch Bd. 11 S. 65 flg.

Daß dahin auch die bei einzelnen Tarifpositionen gegebenen Befreiungsvorschriften (Nr. 1 b. 39 c. 13 c 1. 29) gehören mögen, kann vielleicht zugegeben werden. Im gegenwärtigen Falle handelt es sich jedoch darum, ob die vom Zolltarifgesetze gewährte Befreiung vom Eingangszoll, die nach Wahl des Fabrikanten entweder in dem Erlasse des Zolls für eine gewisse Getreidemenge oder in der Erteilung von die zollfreie Einfuhr von Waren ermöglichenden Einfuhrscheinen besteht, einzutreten habe oder nicht, ob mithin die Verpflichtung zur Zahlung von Zollabgaben *auf Grund einer allgemeinen gesetzlichen Vorschrift* in Wegfall komme. Dies ist keine Tariffrage, sondern eine Frage der Anwendung des Zollgesetzes, deren Beantwortung den Gerichten nicht untersagt ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 16 S. 40.

Nun ist es richtig, daß die näheren Anordnungen zur Ausführung des § 7 Nr. 3 a. a. O., insbesondere die Feststellung des Ausbeuteverhältnisses, nach welchem die zollfreie Warenmenge zu vermitteln ist, dem Bundesrat übertragen sind. Allein einmal sind derartige Ausführungsvorschriften, welche der Ergänzung des Gesetzes dienen, nicht grundsätzlich der Erörterung im Civilprozeß entzogen, und sodann überläßt auch der Berufungsrichter die eigentlich zolltechnische Entscheidung über das maßgebende Ausbeuteverhältnis den Zollbehörden. Sofern das allgemein vom Bundesrate festgesetzte Ausbeuteverhältnis von 75 Prozent (§ 9 Abs. 1 des Regulativs vom 27. April 1894) nicht anwendbar ist, sollen nach der Meinung des Berufungsrichters, wie sie am Schlusse seines Urteils zu Tage tritt, die vom Bundesrate hierzu ermächtigten Direktivbehörden nach § 9 Abs. 4, möglicherweise auch nach § 9 Abs. 5 des Regulativs über das zu grunde zu legende Ausbeuteverhältnis befinden. Das gerichtliche Gehör soll dem Kläger nur insoweit nicht versagt werden, als ihm das Recht auf die Be-

freiung gemäß § 7 Nr. 3 des Gesetzes vom 14. April 1894 schlechthin bestritten wird. Insoweit steht aber der Zulässigkeit des Rechtsweges keinesfalls eine reichsrechtliche Norm entgegen. In dieser Hinsicht kommen lediglich die partikularrechtlichen Bestimmungen in Betracht. Der Berufungsrichter hat festgestellt, daß das Hamburger Recht für die Eröffnung des Rechtsweges in dem angegebenen Umfange kein Hindernis bilde; in diesem Punkt unterliegt sein Urteil nicht der Revision."

---

43. Kann der persönlich haftende Gesellschafter mit einem Dritten rechtswirksam dessen Eintritt in die Kommanditgesellschaft vereinbaren? Können die Kommanditisten der Vereinbarung nachträglich beitreten?

H.G.B. §§ 164. 161 Abs. 2. 126. 108 Abs. 1. 162 Abs. 3.
B.G.B. §§ 108. 177. 141. 178.

I. Civilsenat. Urt. v. 14. Juli 1902 i. S. O. K. (Bekl.) w. Brauerei H., Kommanditges. O. K. & Co. (Kl.). Rep. I. 104/02.

I. Landgericht I Berlin, Kammer für Handelssachen.
II. Kammergericht daselbst.

Die auf Zahlung einer Vertragsstrafe gerichtete Klage stützte sich auf einen am 3. März 1900 zwischen dem persönlich haftenden Gesellschafter der Klägerin namens dieser und dem Beklagten abgeschlossenen Gesellschaftsvertrag, wonach der Beklagte der klagenden Kommanditgesellschaft mit einer spätestens am 1. Oktober 1900 zahlbaren Einlage von 20000 ℳ beigetreten war. Diese Klage wurde in der Revisionsinstanz abgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Revision des Beklagten hat die Vorentscheidungen mit der Ausführung bekämpft, daß dem Gesellschaftsvertrage vom 3. März 1900 in Ermangelung der Zuziehung der beiden Kommanditisten der Klägerin die Rechtswirksamkeit abzusprechen sei. Dieser Angriff war für begründet zu erachten.

Die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft schließen sich insoweit der Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts an,

als sie alle einen Gesellschaftsvertrag unter bestimmten Gesellschaftern erfordern. Soll daher ein neuer Gesellschafter einer bereits bestehenden Gesellschaft beitreten, so muß dies unter sämtlichen Beteiligten vereinbart werden. Die Zuziehung eines neuen Gesellschafters ist nicht denkbar, ohne daß die Gesellschaft in ihren inneren Beziehungen, hinsichtlich des Anteils der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen, sowie am Gewinn und Verlust, auf eine neue Grundlage gestellt wird. Diese Veränderung der inneren Struktur der Gesellschaft verändert Sonderrechte der einzelnen Gesellschafter und kann daher nur unter allseitiger Zustimmung erfolgen. Mit der Geschäftsführung nach außen hat dies nichts zu schaffen. Wenn daher einzelne Gesellschafter kraft Vertrages oder kraft Gesetzes befugt sind, die Gesellschaft Dritten gegenüber zu vertreten, so kann diese Befugnis doch nie auf die Zuziehung eines neuen Gesellschafters bezogen werden. Ebensowenig aber kann aus § 164 H.G.B. hergeleitet werden, daß die Kommanditisten, wenn der Komplementar mit einem Dritten dessen Beitritt zur Kommanditgesellschaft vereinbart, lediglich das Recht des Widerspruchs haben. Der § 164 bestimmt nur, inwieweit sich die Kommanditisten Handlungen des Komplementars, die er namens der Gesellschaft Dritten gegenüber vornimmt, im inneren Verhältnisse gefallen lassen müssen. Vorausgesetzt werden dabei Handlungen, die er mit Gültigkeit nach außen vornehmen kann, und diese Gültigkeit bestimmt sich nach den §§ 161 Abs. 2 und 126. Hiernach kann er zwar die Gesellschaft unbeschadet ihres Bestandes in weitem Umfange durch Rechtshandlungen binden, es ist jedoch nicht vorgesehen, daß er den grundlegenden Gesellschaftsvertrag selbst durch Vereinbarung mit Dritten ohne Zuziehung der übrigen Gesellschafter abändern kann. Daß das Gesetz eine positive Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter im Falle des Beitritts eines neuen Gesellschafters voraussetzt, ergibt sich nicht nur aus der grundsätzlichen Gestaltung der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft als geschlossener Verbände, sondern auch aus den positiven Vorschriften der §§ 108 Abs. 1. 161 Abs. 2. 162 Abs. 3, wonach der Beitritt eines neuen Kommanditisten von sämtlichen Gesellschaftern zum Handelsregister angemeldet werden muß. Dadurch wird gewährleistet, daß die Eintragung nur erfolgt, nachdem sämtliche Mitglieder der erweiterten Gesellschaft dem Beitritte ausdrücklich zugestimmt haben.

Vereinbart somit der Komplementar in Ausübung seiner gewöhnlichen Geschäftsführungsbefugnis namens der Gesellschaft mit einem Dritten dessen Beitritt zur Gesellschaft als Kommanditist, so ist diese Vereinbarung nichtig, weil dem Komplementar die Befugnis, den Verband der Gesellschaft zu erweitern und damit den Gesellschaftsvertrag einseitig abzuändern, nicht zusteht. Dadurch wird natürlich nicht ausgeschlossen, daß der Komplementar auf Grund einer ihm seitens der Kommanditisten erteilten Vollmacht, namens dieser und für sich, den Vertrag gültig eingeht. Letzterer Fall ist aber hier nicht gegeben. Der Vertrag vom 3. März 1900 ist nach den Eingangsworten abgeschlossen zwischen der klagenden Kommanditgesellschaft, vertreten durch ihren persönlich haftenden Gesellschafter O. K., und dem Beklagten. Daraus ist an sich nicht zu entnehmen, daß O. K. erklärt hat, auch für die beiden Kommanditisten persönlich auftreten zu wollen. Vielmehr können die erwähnten Worte an sich nur dahin verstanden werden, daß O. K. ohne Berufung auf eine Ermächtigung der beiden Kommanditisten zu diesem Rechtsakte in seiner Eigenschaft als persönlich haftender Gesellschafter und in Ausübung der ihm hiernach zustehenden Vertretungsbefugnisse namens der Gesellschaft zu kontrahieren erklärte. Wäre von der Klägerin behauptet und unter Beweis gestellt worden, daß O. K. tatsächlich vor Abschluß des Vertrages von den beiden Kommanditisten zum Abschlusse ermächtigt worden sei, und daß dies dem Beklagten bekannt geworden sei, so hätte vielleicht im Wege der Auslegung dahin gelangt werden können, anzunehmen, daß der Vertrag auch für die Kommanditisten persönlich abgeschlossen werden sollte. Klägerin hat aber eine solche Behauptung nicht aufgestellt, sondern nur unter Berufung auf eine erst in der Berufungsinstanz erteilte, von den Kommanditisten mit unterschriebene Prozeßvollmacht geltend gemacht, daß der Vertrag mit deren Genehmigung abgeschlossen sei. Unter Genehmigung versteht das Bürgerliche Gesetzbuch (siehe §§ 108. 177) die nachträgliche Gutheißung einer Rechtshandlung. Es liegt kein Grund vor, bei der im vorliegenden Falle von einem Rechtsanwalt namens der Klägerin abgegebenen Erklärung einen anderen Sinn dieses Wortes zu unterstellen, und zwar umsoweniger, als irgend welche tatsächliche Umstände bezüglich der Genehmigung nicht angeführt worden, sondern lediglich die erwähnte Vollmacht dabei in Bezug genommen wird. Es muß daher davon

ausgegangen werden, daß die Kommanditisten erst in der Berufungsinstanz ihren Beitritt zu dem Vertrage erklärt haben, und daß etwas Weiteres auch von dem Vorderrichter nicht hat festgestellt werden sollen. Dieser Beitritt konnte aber für sich allein dem nichtigen Geschäfte nicht zur Rechtswirksamkeit verhelfen. Vielmehr war nach § 141 B.G.B. weiterhin die Bestätigung seitens der anderen beiden Beteiligten, insbesondere des Beklagten, welcher sie versagt hat, erforderlich. Auch dafür bietet der Vertrag keinen Anhalt, daß sich die Kontrahenten etwa unter der Bedingung der nachträglich erteilten Genehmigung der Kommanditisten haben binden wollen. Vielmehr hat nach dem klaren Wortlaute O. K. eine dem Gesetze widersprechende Verfügung in Bezug auf die von ihm vertretene Gesellschaft getroffen, und diese Verfügung begründet die Nichtigkeit des Vertrages, dessen wesentlichen Inhalt sie bildet. Es ist somit rechtsirrtümlich, wenn der Vorderrichter den Vertrag auf Grund der nachträglich erklärten Genehmigung der beiden Kommanditisten, in deren Namen gar nicht kontrahiert und deren Genehmigung nicht in Aussicht genommen ist, für gültig erachtet. Auch kommen die von der Revision angezogenen §§ 177. 178 B.G.B., welche ein Vertragschließen namens eines anderen ohne Vertretungsmacht voraussetzen, während hier namens der Kommanditgesellschaft mit Vertretungsmacht, nicht aber, wie notwendig gewesen wäre, namens der Kommanditisten, sei es mit oder ohne Vertretungsmacht, gehandelt worden ist, nicht weiter in Betracht.

Aus der Nichtigkeit des Vertrages vom 3. März 1900 ergibt sich von selbst, daß Klägerin die mit der Klage daraus hergeleiteten Rechte nicht geltend machen kann." . . .

---

44. Ist der neben dem Wandelungsanspruch auf Grund des § 488 B.G.B. geltend gemachte Anspruch auf Ersatz von Fütterungskosten eine Nebenforderung im Sinne des § 4 Abs. 1 C.P.O.?

II. Civilsenat. Urt. v. 16. September 1902 i. S. H. (Bekl. u. Widerkl.) w. Sch. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. II. 141/02.

I. Landgericht Ratibor.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Der Kläger verkaufte Ende Januar 1901 dem Beklagten 5 Stück Kalben, die dieser durch seinen Gutsinspektor in Empfang nahm. Da er die Zahlung des Kaufpreises verweigerte, erhob der Kläger Klage auf Verurteilung des Beklagten zur Zahlung des Kaufpreises von 1252,20 ℳ nebst Klagezinsen. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und mit Widerklage die Verurteilung des Klägers zur Zurücknahme der Tiere gegen Erstattung von 70 ₰ Futterkosten für Tag und Stück vom 15. Februar 1901 ab. Er behauptete, die Tiere entbehrten gewisser, vom Kläger zugesicherter Eigenschaften, er habe sie daher dem Kläger zur Verfügung gestellt und verlange nunmehr die Wandelung des Kaufes und den Ersatz der zur Erhaltung der Kalben aufgewendeten Futterkosten. Der Kläger beantragte die Abweisung der Widerklage. Gegen das erstinstanzliche Urteil, das die Entscheidung zur Haupt- und Widerklage von der Leistung eines dem Kläger zugeschobenen Eides abhängig machte, legte der Beklagte Berufung ein, der sich der Kläger anschloß. Der Beklagte beantragte die Abweisung der Klage und Zusprechung seiner Widerklage, der Kläger beantragte die Zurückweisung der Berufung des Beklagten, dessen unbedingte Verurteilung nach der Klage und die Abweisung der Widerklage.

Das Oberlandesgericht änderte das landgerichtliche Urteil dahin ab, daß es den Beklagten zur Zahlung von 1252,20 ℳ nebst 4 Prozent Zinsen verurteilte und seine Berufung zurückwies. Die hiergegen von dem Beklagten eingelegte Revision wurde verworfen.

Aus den Gründen:

... „Demnach ist hinsichtlich der Revisionssumme der Wert der Klage und der Wert des Antrags der Widerklage auf Zurücknahme der Tiere nicht zusammenzurechnen und ist die Revisionssumme nur dann vorhanden, wenn die Futterkosten, die mit dem Werte der auf die Klage bezüglichen Beschwerde nicht zusammenfallen und bis zum Erlasse des Berufungsurteils über 1200 ℳ betragen, hinzuzurechnen sind; dieses ist aber nur möglich, sofern nicht die Vorschrift des § 4 Abs. 1 C.P.O., wonach Früchte, Nutzungen, Zinsen, Schäden und Kosten unberücksichtigt bleiben, wenn sie als Nebenforderungen geltend gemacht werden, entgegensteht.

Nach §§ 467 und 346 B.G.B. hat die Wandelung die rechtliche Folge, daß der Käufer die empfangene Leistung, also im vor-

liegenden Falle der Beklagte die gekauften Tiere, zurückgeben muß. Der § 487 B.G.B. enthält für den Viehkauf in betreff dieser Rückgewähr noch besondere Bestimmungen für den Fall, daß das Tier durch Verschulden des Käufers nicht zurückgegeben werden kann, und § 488 B.G.B. schreibt dann vor, daß der Verkäufer im Falle der Wandelung dem Käufer auch die Kosten der Fütterung ꝛc zu ersetzen hat. Das maßgebende bürgerliche Recht stellt also Rückgewähr und Erstattung der Futterkosten nebeneinander als rechtliche Folgen der Wandelung, sie stehen in einem Abhängigkeitsverhältnisse zu dem Wandelungsanspruche, indem sie mit demselben stehen und fallen, wie es denn auch in den Motiven zu § 488 heißt, daß die Futterkosten den Verkäufer treffen infolge und als Teil seiner gesetzlichen Gewährleistungspflicht, wenn der Vertrag infolge der Wandelung rückgängig gemacht wird. Hiernach hat der Anspruch auf Ersatz der Futterkosten die Natur einer Nebenforderung und ist auch in dem gegenwärtigen Rechtsstreite als eine solche geltend gemacht. Zwar ist in der Widerklage nicht ausdrücklich beantragt, die Wandelung des fraglichen Kaufgeschäfts auszusprechen, allein der Beklagte hat die Wandelung verlangt und auf dieses Begehren seine Anträge auf Rücknahme der Kalben und Erstattung der Futterkosten gestützt, er hat nicht behauptet, daß bereits gewandelt sei, die Forderung auf Wandelung ist als Grundlage für den Antrag wegen Ersatzes der Futterkosten und letztere Forderung damit als Nebenforderung gestellt. Eine eigentliche Schadensersatzforderung bildet nun allerdings der Futterkostenanspruch nicht, denn mit der Wandelung kann an sich Schadensersatz als Folge der Wandelung nicht verlangt werden, und einen Schadensersatzanspruch neben der Wandelung stellt er nicht dar. Die Futterkosten sind Verwendungen auf den Kaufgegenstand, die ohne die Vorschrift des § 488 B.G.B. nach §§ 347 und 994 B.G.B. zu ersetzen sein würden. Allein da die Civilprozeßordnung in § 4 nicht von Schadensersatzforderungen, sondern von Schäden spricht, und dieser allgemeine Ausdruck seinem Wortsinne nach Schaden jeder Art umfaßt, die auf die Tiere von dem Käufer aufgewendeten Futterkosten aber sich als einen Schaden für ihn darstellen, wenn er die Tiere bezw. ihren Wert herausgeben muß und die Futterkosten nicht erstattet erhalten würde, so fallen dieselben unter den Begriff von Schäden im Sinne des bezogenen § 4.

Vgl. Petersen u. Anger, Civilprozeßordnung § 4 Ziff. 9 und 11; Gaupp, Civilprozeßordnung 4. Aufl. S. 34.

Frühere Entscheidungen des Reichsgerichts über die vorliegende Frage können, da sie das damals geltende Landescivilrecht zur Unterlage haben, nicht mehr in Betracht kommen. Der betreffende Anspruch des Beklagten ist daher für die Revisionssumme nicht zu berücksichtigen, und ist dieselbe nicht vorhanden." ...

---

45. Ist nach § 439 Abs. 1 B.G.B. die Vertretungspflicht des Verkäufers auch dann ausgeschlossen, wenn der Käufer zwar den Mangel im Recht gekannt, sich aber über die rechtliche Tragweite des Mangels geirrt hat?

V. Civilsenat. Urt. v. 17. September 1902 i. S. Sch. u. Gen. (Bekl. u. Widerkl.) w. G. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. V. 204/02.

I. Landgericht Naumburg a. S.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Durch notariellen Vertrag vom 26. März 1901 verkauften die Beklagten mehrere Grundstücke, die sie kurz zuvor bei einer zum Zweck der Aufhebung einer Gemeinschaft angeordneten Zwangsversteigerung erstanden hatten, und die bis zum 1. Oktober 1905 an den Gutsbesitzer L. verpachtet waren, an den Kläger. Beide Teile waren hierbei der rechtsirrigen Meinung, daß das dem Käufer bekannt gemachte Pachtverhältnis infolge der Zwangsversteigerung vorzeitig kündbar geworden sei und schon zum 1. Oktober 1901 aufgelöst werden könne. Hierauf klagte der Käufer auf Auflassung und Wegschaffung des L.'schen Pachtrechts, eventuell auf Schadensersatz wegen der ihm über den 1. Oktober 1901 hinaus entgehenden Nutzungen des Grundstücks, während die Beklagten Widerklage auf Entgegennahme der Auflassung und Zahlung des Restkaufgeldes von 13280 ℳ erhoben. Der erste Richter wies die Klage ab und erkannte nach dem Antrage der Widerklage. In zweiter Instanz wurden die Beklagten unter Abweisung ihrer Widerklage im wesentlichen nach dem Klag-

antrage verurteilt. Auf die Revision der Beklagten ist das Berufungsurteil aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht stellt fest, daß der Kläger nicht bloß die Existenz des L.'schen Pachtvertrags an sich, sondern auch dessen Dauer bis zum 1. Oktober 1905 gekannt hat. Gleichwohl erachtet es die Beklagten für gewährleistungspflichtig, weil es entscheidend darauf ankomme, ob Kläger „über die davon verschiedene Tatsache der Unlösbarkeit des Pachtvertrags innerhalb jener Pachtdauer bis zum 1. Oktober 1905" unterrichtet gewesen sei, und weil die Ausnahmevorschrift des § 439 Abs. 1 B.G.B. nur bei positiver Kenntnis des rechtlichen Mangels, nicht auch bei verschuldeter Unkenntnis, möge diese selbst auf bloßem Rechtsirrtum beruhen, Platz greife. Außerdem stehe dem Kläger der § 444 B.G.B. insofern zur Seite, als danach für ihn keinerlei Erkundigungspflicht bestanden habe, sondern die Beklagten als Verkäufer ihm eine Auskunft dahin hätten erteilen müssen, „daß eine rechtmäßige Beendigung des L.'schen Pachtrechts nicht vor dem 1. Oktober 1905, insbesondere nicht zum 1. Oktober 1901 zu erwarten sei". Das sei nicht geschehen.

Mit Recht werden diese Ausführungen von der Revision als rechtsirrtümlich bezeichnet. Zu Unrecht ist zunächst der § 444 B.G.B. herangezogen. Er regelt, wie sein Inhalt und seine systematische Stellung ergibt, die Auskunftspflicht, die dem Verkäufer nach Abschluß des Kaufvertrags und auf Grund des letzteren dem Käufer gegenüber obliegt, steht also zu § 439 Abs. 1 in keiner unmittelbaren Beziehung. Aber auch bei nur entsprechender Anwendung jener Vorschrift würde die darauf gestützte Entscheidung des Berufungsrichters sich nicht rechtfertigen lassen. Denn unter den „rechtlichen Verhältnissen", deren Bekanntgabe an den Käufer der Paragraph dem Verkäufer zur Pflicht macht, können nur die das rechtliche Verhältnis begründenden tatsächlichen Unterlagen, nicht rechtliche Belehrungen, auf die schon sprachlich der Ausdruck „Auskunftserteilung" nicht paßt, verstanden werden. Irrig ist ferner die Meinung des Berufungsrichters, daß infolge des Rechtsirrtums, in dem der Kläger hinsichtlich der Kündbarkeit des L.'schen Pachtverhältnisses befangen gewesen ist, ihm die Kenntnis des Mangels im Recht, wie sie § 439 Abs. 1 zum Ausschluß der Gewährleistungspflicht erfordert, gefehlt

habe. Der Mangel im Recht war im vorliegenden Falle das Bestehen und die Dauer des L.'schen Pachtrechts. Beides hat der Kläger gekannt. Er wußte außerdem auch, daß das Pachtrecht durch den Zuschlagsbeschluß im Zwangsversteigerungsverfahren nicht von selbst zum Erlöschen gebracht worden war, vielmehr den Erstehern gegenüber fortbestand, und daß daher, wenn er die Grundstücke pachtfrei erhalten wollte, eine Wegschaffung des Rechts erforderlich war. Nur über die Voraussetzungen, unter denen sich die Wegschaffung ermöglichen lassen würde, irrte er, indem er annahm, daß dazu einseitige Kündigung genüge, während in Wirklichkeit das Ziel nur auf dem Wege gütlicher Verständigung erreicht werden konnte. Ob ein solcher Irrtum unter Umständen, z. B. wenn er durch ein Verschulden des Verkäufers veranlaßt ist, für den Käufer einen Anspruch gegen den letzteren zu begründen vermag, ist eine Frage, die für die gegenwärtige Entscheidung nicht interessiert. Keinesfalls hat er für den § 439 Abs. 1 irgend welche Bedeutung. Denn dieser läßt die Vertretungspflicht des Verkäufers nur demjenigen Käufer gegenüber in Kraft bleiben, der, sei es aus irgend welchen Gründen, den Mangel selbst nicht kennt, nicht auch demjenigen gegenüber, der sich in Unkenntnis über die rechtliche Tragweite des ihm bekannten Mangels befindet. Die gegenteilige Annahme würde, abgesehen davon, daß sie im Wortlaut des Gesetzes keine Stütze hat, auch praktisch unhaltbare Konsequenzen ergeben, z. B. dazu führen, daß der Käufer eines Zinshauses, der der Meinung ist, daß der Grundsatz „Kauf bricht Miete" noch jetzt geltendes Recht sei, auf Grund dieses Irrtums den Verkäufer in Anspruch nehmen könnte." ...

---

46. Ist der Gläubiger, welchem zwei Schuldner nebeneinander für das Ganze haften, über deren beider Vermögen das Konkursverfahren eröffnet ist, berechtigt, auch dann auf Grund des § 68 K.O. bis zur vollen Befriedigung in dem einen Verfahren den ganzen Betrag, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte, geltend zu machen, wenn er in dem anderen Verfahren absonderungsberechtigt war und in diesem Verfahren daher nur gemäß § 64 neben der Be-

friedigung aus dem Absonderungsrecht Zulassung für den Ausfall verlangen konnte und verlangt hat.

II. Civilsenat. Urt. v. 19. September 1902 i. S. Verw. im Konkurse Z. (Bekl.) w. M.-L. (Kl.). Rep. II. 164/02.

I. Landgericht Saargemünd.
II. Oberlandesgericht Colmar.

Die Rentnerin Josefine B. zu Forbach übergab am 26. Juli 1895 dem verstorbenen Bankier Z. zu Mörchingen 10000 ℳ mit dem Auftrag, dieselben für sie und ihre Schwester Apollonia B. zinsbringend anzulegen; Z. stellte hierüber einen Schein aus, in welchem er die persönliche Garantie der B. gegenüber übernahm.

Die Anlage des Geldes ist dann in der Weise erfolgt, daß Josefine und Apollonia B. laut Obligation vom 7. Februar 1896 als solidarische Gläubigerinnen die fragliche Summe als Darlehn den Eheleuten G. in Zarbeling als Solidarschuldnern geliehen haben, und es wurden verschiedene Güter der Schuldner zur Hypothek gestellt. Z. geriet demnächst in Konkurs. Zu diesem Konkurse meldete die Josefine B. ihre ganze Forderung mit 10000 ℳ an. Später — am 27. März 1899 — ist auch über das Vermögen des Schuldners G. der Konkurs eröffnet worden. In diesem Konkurse meldeten die beiden Schwestern B. ihre Forderung aber nur für den Ausfall an. In dem Verteilungsverfahren, das der Versteigerung von Immobilien des Ehemannes G. folgte, wurden sie als Hypothekargläubigerinnen für einen Teil ihrer Forderung angewiesen; außerdem erhielten sie in dem Konkurse G. bei der Verteilung die ihnen zustehende Dividende.

Nachdem die Schwestern B. am 5. März 1900 ihre Forderung an die Konkursmasse Z. dem jetzigen Kläger M. cediert hatten, und die Cession zugestellt worden war, erhob derselbe die gegenwärtige Klage mit dem Antrage auf Feststellung, daß er berechtigt sei, bis zu seiner völligen Befriedigung die Dividende aus der ganzen Forderung von 10000 ℳ im Konkurse Z. zu verlangen, indem er zur Begründung geltend machte, seitens des Konkursverwalters werde mit Rücksicht auf § 68 K.O. zu Unrecht die Zulassung seiner Forderung nur nach Abzug der in dem Konkurse G. geleisteten Zahlungen anerkannt.

Diesem Klagantrage wurde vom Landgericht Saargemünd stattgegeben, und die hiergegen eingelegte Berufung vom Oberlandesgericht Colmar zurückgewiesen. Die eingelegte Revision wies das Reichsgericht zurück, soweit dieses hier interessiert, aus folgenden

Gründen:

... „Auch der weitere Angriff des Revisionsklägers, der die auf Grund des § 68 K.O. erfolgte Zulassung der ganzen, dem Kläger cedierten Forderung in Höhe von 10000 ℳ, ohne Abzug der demnächst auf dieselbe in dem Konkurse G., und zwar sowohl als absonderungsberechtigte Forderung als auch als Konkursforderung, geleisteten Zahlungen, zum Konkurse Z. rügt, ist verfehlt. Diese Zulassung der ganzen Forderung entspricht der ausdrücklichen Vorschrift des § 68 a. a. O., wonach für den Fall, daß über das Vermögen mehrerer oder einer von mehreren Personen, welche nebeneinander für dieselbe Leistung auf das Ganze haften, das Konkursverfahren eröffnet wird, der Gläubiger bis zu seiner vollen Befriedigung in jedem Verfahren den Betrag geltend machen kann, den er zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens zu fordern hatte. Diese Bestimmung beruht auf dem Grundsatze, der durchgängig bereits im früheren Konkursrechte der verschiedenen Rechtsgebiete galt, daß für die Frage, in welchem Betrage eine Forderung zum Konkurse zuzulassen ist, deren Bestand zur Zeit der Konkurseröffnung maßgebend sein soll, so daß die Zulassung für den ganzen zu jener Zeit bestehenden Betrag der Forderung auch dann aufrecht zu erhalten ist, wenn dritte Mitverpflichtete dieselbe demnächst zum Teil durch Zahlung tilgen. Der Umstand, daß nach § 64 K.O. der Gläubiger, welcher ein Absonderungsrecht geltend macht, nur für den Betrag verhältnismäßige Befriedigung beanspruchen kann, mit dem er bei der abgesonderten Befriedigung ausgefallen ist, steht dem Rechte des Gläubigers auf Zulassung mit dem ganzen Betrage in dem Konkurse über das Vermögen eines anderen Mitverpflichteten, im vorliegenden Falle dem Anspruche des Klägers auf Zulassung mit dem Betrage von 10000 ℳ, nicht entgegen. Der § 64 bezieht sich lediglich auf das Verhältnis und das Recht des absonderungsberechtigten Gläubigers in dem einzelnen Konkurse, in welchem das Absonderungsrecht geltend gemacht ist, und ist für das im § 68 geregelte Verhältnis ohne Bedeutung. Die aus der letzteren Bestimmung sich ergebende Folge, daß das von einem Mit-

verpflichteten, oder aus dem Konkurse eines solchen Erhaltene von dem zuzulassenden, zur Zeit der Konkurseröffnung bestehenden Betrage nicht in Abzug zu bringen ist, gilt ganz allgemein, insbesondere auch für den hier vorliegenden Fall, daß das aus dem zweiten Konkurse Erhaltene zum Teil aus abgesonderter Befriedigung herrührt. Vgl. Petersen-Kleinfeller, § 68 I. 3; Jäger, § 68 Anm. 6; A. M.: v. Völderndorff, zu § 68 S. 683.

Der aus § 68 gleichfalls sich ergebenden, übrigens selbstverständlichen Beschränkung, daß in einem solchen Falle der Gläubiger nicht mehr erhalten darf, als seine Gesamtforderung beträgt, ist von den Vorinstanzen Rechnung getragen worden." ...

---

47. Kann wegen eines beim Abschluß des Mietvertrags vorhandenen Mangels der gemieteten Sache der Mieter auch ohne ein Verschulden des Vermieters von diesem Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen?

B.G.B. § 538.

III. Civilsenat. Urt. v. 19. September 1902 i. S. württemb. Fiskus (Bekl.) w. v. M. (Kl.). Rep. III. 125/02.

I. Landgericht Stuttgart.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Verwaltung der Staatseisenbahnen zu Stuttgart hatte auf dem dortigen Güterbahnhof einen Kran zur entgeltlichen Benutzung für die Empfänger der mit der Bahn anlangenden Frachtgüter bei deren Aus- und Umladen aufgestellt. Dieser Kran lief in einen ankerartigen Schaft mit zwei Haken aus, an welchen die zum Heben der Frachtgüter bestimmten Ketten befestigt wurden. Als am 5. April 1900 die Leute des Klägers diesen Kran zum Umladen eines Teils von einem für den Kläger eingetroffenen schweren gußeisernen Rade benutzten, brach der die Ketten haltende Schaft des Kranhakens; der Radteil fiel herab, zerbrach und wurde dadurch unbrauchbar. Dem deshalb vom Kläger gegen den Fiskus erhobenen Schadensersatzanspruch

wurde von beiden Vorinstanzen stattgegeben und diese Entscheidung vom Reichsgericht aufrecht erhalten.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht hat auf Grund stattgehabter Beweiserhebung angenommen, daß die Ursache des Bruchs des Kranhakens und damit der Beschädigung des von den Leuten des Klägers am 5. April 1900 umgeladenen Radteils in der Mangelhaftigkeit des Eisenmaterials des Hakenschaftes zu finden und dieser Mangel zweifellos schon bei Beginn der klägerischen Benutzung des Krans vorhanden gewesen sei.

Das Berufungsgericht hat weiter angenommen, daß das vorliegende Rechtsverhältnis zwischen dem Beklagten, welcher den fraglichen Kran dem Publikum und namentlich dem Kläger, einem Spediteur, gegen Entgelt zur Benutzung überlassen und zwischen dem Kläger, welcher dieses Angebot durch die Benutzung des Krans stillschweigend angenommen habe, sich als Sachenmiete darstelle. Die erste wie die zweite Annahme beruht auf tatsächlicher Feststellung, ist auch in gegenwärtiger Instanz unbeanstandet geblieben.

Wohl aber wendet sich die Revision des Beklagten gegen die weitere, rechtliche Auffassung der Vorinstanz, daß der Beklagte für den durch die Mangelhaftigkeit des Krans verursachten Schaden auch ohne ein ihm nachgewiesenes Verschulden zu haften habe. Die Revision macht geltend, daß diese Auffassung sowohl dem im früheren Recht, als dem in den §§ 276. 545 B.G.B. ausgesprochenen Grundsatz widerstreite, wonach eine solche Schadenspflicht regelmäßig ein Verschulden des Pflichtigen voraussetze. Dieser Angriff scheitert jedoch an der ausdrücklichen Vorschrift des auch von der Vorinstanz angeführten § 538 B.G.B. Danach kann beim Mietvertrag Schadensersatz wegen Nichterfüllung gefordert werden, wenn an der vermieteten Sache ein deren Brauchbarkeit aufhebender oder mindernder Mangel bei dem Abschlusse des Vertrags vorhanden oder später infolge eines Umstandes entstanden ist, den der Vermieter zu vertreten hat. Nach dem klaren Wortlaut dieser Bestimmung wird ein Verschulden des Vermieters nur bei einem später entstandenen, nicht aber bei einem schon bei Abschluß des Mietvertrags vorhandenen Mangel erfordert. Daß diese letztere Abweichung von dem in § 276 aufgestellten allgemeinen Grundsatze — Haftung des Schuldners für Vorsatz und

für Fahrlässigkeit — eine vom Gesetzgeber ausdrücklich gewollte sei, ergeben auch die Motive zum I. Entwurf Bd. 2 S. 377. Denn dort wird der gesetzgeberische Grund für die erwähnte Vorschrift in der Annahme gefunden, daß der Vermieter, der eine gebrauchsfähige Sache zu stellen hat, schon durch den Abschluß des Vertrages eine stillschweigende Garantie für deren Brauchbarkeit übernehme. In gleicher Weise sprechen sich die Kommentare des Bürgerlichen Gesetzbuches zum § 538 aus. Da nun im vorliegenden Falle nach der vorerwähnten Feststellung des Berufungsrichters der fragliche Mangel bereits beim Abschluß des Mietvertrags, am 3. und 5. April 1900, vorhanden war, so erscheint die Anwendung des § 538 gerechtfertigt, dagegen diejenige des § 276 wie auch des § 545, welcher einen erst im Laufe des Mietverhältnisses hervortretenden Mangel voraussetzt, ausgeschlossen." ...

---

48. Wie hat die Auseinandersetzung und deren Vollziehung durch Eigentumsübertragung zu erfolgen, wenn ein vor dem 1. Januar 1900 gestorbener Erblasser mehreren Personen ein Grundstück zugewendet hat?

Einf.-Ges. zum B.G.B. Artt. 213. 181 Abs. 2. 173.
B.G.B. § 753.

V. Civilsenat. Urt. v. 24. September 1902 i. S. v. S. (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. V. 187/02.

I. Landgericht Stargard i. P.
II. Oberlandesgericht Stettin.

J. J. v. Z. hatte in seinem am 24. Mai 1808 verkündeten Testamente vom 1. April 1808 seine Ehegattin und die Kinder seiner Tochter J. D. Ch. v. d. O. zu Erben eingesetzt und weiter bestimmt: „Mit dem Tode des letzten von meinen Enkeln soll das Gut Z. den sämtlichen übrigen alsdann noch lebenden Abkömmlingen dergestalt zufallen, daß dasselbe dem Meistbietenden unter ihnen zugeschlagen und das Kaufgeld unter dieselben nach Häupterzahl verteilt werden soll." Die Klägerin gehörte zu diesen Abkömmlingen. Der letzte Enkel war gestorben. Es fand ein Nachlaßregulierungsverfahren vor dem Amtsgerichte in T. in Gegenwart eines Teils der Abkömmlinge statt,

in welchem über die Übernahme des Gutes Z. verhandelt wurde. Nachdem im Termine am 29. Oktober 1900 die Bedingungen festgestellt worden waren, blieb im Termine am 30. Oktober 1900 der Beklagte mit 450000 ℳ Bestbietender; es wurde für die nicht erschienenen Beteiligten die Erklärungsfrist bis zum 30. November 1900 und der Zuschlagstermin auf den 4. Dezember 1900 bestimmt. Das Protokoll vom 4. Dezember schloß mit folgendem Vermerke: „Es wird somit festgestellt, daß Herr Hauptmann A. v. S. zu K. mit dem Gebote von 450000 ℳ auf das Gut Z. Meistbietender der Abkömmlinge geblieben ist, und daß ihm daher aus dem Testamente vom 1. April 1808 der Zuschlag zusteht, und daß gegen diesen Zuschlag von den anderen Abkömmlingen Einspruch nicht erhoben ist." Das Amtsgericht in T. nahm, wie es dem Amtsgerichte in P. mitteilte, an, daß nicht eine freiwillige Subhastation des Gutes Z. stattgefunden habe, sondern daß die Versteigerung nur zur Ausführung der Bestimmungen des Testaments vom 1. April 1808 durch Ermittelung desjenigen Abkömmlings, der nach dem Willen des Testators der Gutserbe sei, erfolgt und daher eine vormundschaftliche Genehmigung nicht geboten sei. Der Beklagte wurde am 28. Dezember 1900 als Eigentümer des Gutes Z. auf Grund des Testaments vom 1. April 1808 in Verbindung mit den Verhandlungen vom 29., 30. Oktober und 4. Dezember 1900 im Grundbuch eingetragen. Die Klägerin war der Ansicht, die Eintragung des Beklagten als Eigentümers von Z. sei nichtig, weil sie weder auf einer Auflassung noch auf einem im vorschriftsmäßigen Zwangsversteigerungsverfahren ergangenen Zuschlagsbescheide beruhe, und beantragte, im Wege der einstweiligen Verfügung anzuordnen, daß ihr Widerspruch gegen die Eintragung des Beklagten als Eigentümers im Grundbuche vermerkt werde. Der erste Richter wies den Antrag der Klägerin zurück. Auf die Berufung der Klägerin wurde ihm stattgegeben. Die Revision des Beklagten ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

. . . „Das Berufungsgericht stellt den im Testamente vom 1. April 1808 kundgegebenen Willen des Erblassers durch Auslegung dahin fest, daß das Gut beim Tode des letzten Enkels den sämtlichen übrigen Abkömmlingen anfallen und die Auseinandersetzung unter ihnen in der Weise erfolgen solle, daß das Gut in einer Hand bleibe und die

übrigen Abkömmlinge aus dem von dem Meistbietenden zu zahlenden Kaufgelde abgefunden werden. Daß diese Auslegung rechtsirrig und ungenügend begründet sei, wie Beklagter meint, ist nicht einzusehen, auch nicht dargetan. Sie konnte insbesondere nicht zur Folge haben, daß durch Naturalteilung oder durch Veräußerung der einzelnen Anteile der Abkömmlinge an Fremde die Anordnung des Erblassers vereitelt werde. Beim Tode des letzten Enkels entstand unter den vorhandenen übrigen Abkömmlingen in Bezug auf das Gut eine Gemeinschaft. Die Gemeinschaft trat nicht an der Erbschaft im ganzen, sondern ausschließlich an dem Gute Z., also an einer einzelnen zur Erbschaft gehörenden Sache ein. Demgemäß betraf die Auseinandersetzung nicht eine Erbengemeinschaft, sondern die Teilung des Gutes als einer einzelnen Nachlaßsache. Nach Art. 213 Einf.-Ges. zum B.G.B. bleiben zwar für die erbrechtlichen Verhältnisse die bisherigen Gesetze maßgebend, wenn der Erblasser — was hier zutrifft — vor dem 1. Januar 1900 gestorben ist, und diese Vorschrift erstreckt sich auch auf die Auseinandersetzung der Miterben (vgl. Motive zu Art. 129 des Entw. eines Einf.-Ges. zum B.G.B.), aber sie findet in Ansehung der Auseinandersetzung nur Anwendung, wenn erbrechtliche Verhältnisse in Frage kommen, also Verhältnisse, welche die Erbschaft als solche, als universitas juris, welche die Erbengemeinschaft betreffen, nicht aber, wenn vom Erblasser eine einzelne Sache mehreren Personen zugewendet ist, welche dann bezüglich dieser Sache im Verhältnisse zu einander nicht Miteigentümer zur gesamten Hand, nicht Miterben, sondern Miteigentümer nach Bruchteilen geworden sind.

Vgl. Planck, Kommentar Bd. 6 S. 399.

Diese Unterscheidung tritt auch in den Bestimmungen des Art. 181 Abs. 2 und des Art. 173 Einf.-Ges. zum B.G.B. hervor. Nach Art. 181 Abs. 2 bleiben die Rechte in Kraft, welche zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs an einer Sache bestehen, die im Eigentume mehrerer nicht nach Bruchteilen steht, wogegen nach Art. 173 auf die zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Gemeinschaft nach Bruchteilen von dieser Zeit an die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs Anwendung finden. Eine Gemeinschaft nach Bruchteilen liegt in dem Miteigentume der Abkömmlinge an dem Gute Z. vor. Die Verfügungsbeschränkung, welche den Abkömmlingen durch die Bestimmung des Erblassers für

die Teilung dahin auferlegt ist, daß das Gut dem Meistbietenden unter den Abkömmlingen zugeschlagen werden soll, wodurch sowohl die Teilung des Gutes in Natur wie Übertragung des Gutes oder eines Anteiles davon an einen Fremden ausgeschlossen ist, bleibt nach Art. 168 Einf.-Ges. zum B.G.B. in Kraft. Die Aufhebung der Gemeinschaft hatte daher nach § 753 B.G.B. durch Zwangsversteigerung unter den Abkömmlingen, also nach den Vorschriften des Zwangsversteigerungsgesetzes vom 24. März 1897 §§ 180—184 zu erfolgen unter Berücksichtigung der Anordnung des Erblassers, daß die Veräußerung an einen Fremden unstatthaft sei.

Vgl. Jäckel, Kommentar zum Zwangsversteigerungsgesetze S. 573. Dies war das einzig zulässige Verfahren, in welchem dem Beklagten das Eigentum an dem Gute Z. zugeschlagen werden konnte. Selbstverständlich war es den Abkömmlingen unbenommen, im Wege der freiwilligen Gerichtsbarkeit den Meistbietenden zu ermitteln und diesem durch vertragsmäßige Vereinbarung das Gut zu übertragen. In diesem Falle bedurfte es aber, da eine auf Rechtsgeschäft beruhende Rechtsänderung bewirkt werden sollte, nach §§ 873. 925 B.G.B. der Auflassung, welche von den sämtlichen Abkömmlingen vor dem zuständigen Grundbuchamte zu erklären war. Dafür, daß dies geschehen sei, liegt nichts vor, namentlich ergiebt es sich nicht aus den Verhandlungen vom 29., 30. Oktober und vom 4. Dezember 1900. Dem Amtsgerichte in T., bei welchem diese Verhandlungen stattgefunden haben, scheint zwar das in den §§ 86—98 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit über die Auseinandersetzung mehrerer Miterben vor dem Nachlaßgerichte geordnete Verfahren vorgeschwebt zu haben, aber das Verfahren, wie es tatsächlich stattgefunden hat, entspricht jenen Vorschriften nicht. Insbesondere ist es nicht durch einen Bestätigungsbeschluß des Nachlaßgerichts unter Genehmigung des Vormundschaftsgerichts hinsichtlich der Klägerin abgeschlossen. Aber wäre dies auch der Fall, so würde durch den Beschluß nicht anders als durch eine vertragsmäßige Vereinbarung nur die Verpflichtung der Abkömmlinge zur Auflassung begründet, keineswegs aber die Auflassung ersetzt worden sein. Letzteres würde nur dann zutreffen, wenn bei der Auseinandersetzung die Auflassung vor dem Nachlaßgerichte, welches zugleich das zuständige Grundbuchamt war, von den sämtlichen Abkömmlingen erklärt worden wäre.

Vgl. G.B.O. § 99; Preuß. Ausf.-Ges. zur G.B.O. Art. 10 und die Ausführungen bei Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht Bd. 2 S. 373 flg.

Hierüber enthalten die Verhandlungen vor dem Amtsgerichte in T. nichts.

Hiernach ist dem Berufungsgerichte darin beizutreten, daß der Beklagte durch seine Eintragung das Eigentum des Gutes Z. nur dann erwerben konnte, wenn ihm dieses im Zwangsversteigerungsverfahren zugeschlagen oder wenn ihm von sämtlichen Abkömmlingen die Auflassung erteilt war, daß ohne diese Voraussetzungen durch seine Eintragung eine Rechtsänderung nicht eingetreten ist, also sämtliche Abkömmlinge im Widerspruche mit dem Inhalte des Grundbuchs Miteigentümer des Gutes geblieben sind und deshalb ein jeder von ihnen, also auch die Klägerin, die Berichtigung des Grundbuchs und zum Schutze dieses Anspruchs die Eintragung eines Widerspruchs verlangen kann. Von einem dolus der Klägerin, die nur ihr Recht geltend macht, kann nicht die Rede sein.

Übrigens wäre auch unter Anwendung der Vorschriften des bisherigen preußischen Rechts nur zu demselben Ergebnisse zu gelangen, daß der Beklagte das Eigentum am Gute Z. lediglich durch Zuschlagsurteil im Zwangsversteigerungsverfahren oder durch seine Eintragung als Eigentümer auf Grund einer Auflassung erwerben konnte.

Vgl. Ges. vom 13. Juli 1883 §§ 185. 97; Allg. Ger.-Ord. I. 52 §§ 1. 2. 66 flg. mit Kommentar bei Krech und Fischer, 3. Aufl. S. 608 flg.; Turnau, Grundbuchordnung Bd. 2 S. 168 flg." ...

---

49. Können als Börsenterminhandel im Sinne des § 50 Abs. 2 des Börsengesetzes auch Termingeschäfte über Kuxe gelten, die an keiner Börse gehandelt werden?

I. Civilsenat. Urt. v. 27. September 1902 i. S. M. Konkursverwalter (Bekl.) w. Berliner Maklerverein (Kl.). Rep. I. 129/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Nachdem in der vorbezeichneten Streitsache das zuerst von dem Berufungsgericht erlassene Urteil durch Urteil des Reichsgerichts vom

1. Dezember 1900, abgedruckt in dieser Sammlung Bd. 47 S. 104, aufgehoben und die Sache zurückverwiesen worden war, wurde nach erneuter Verhandlung von dem Berufungsgericht nunmehr abändernd erkannt und der Klage stattgegeben. Die Revision des Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„In seinem oben erwähnten Urteil vom 1. Dezember 1900 hatte der jetzt erkennende Senat die von beiden Instanzgerichten befolgte Ansicht gebilligt, daß Börsentermingeschäfte in Kuxen nichtig seien, weil § 50 Abs. 2 Satz 1 des Börsengesetzes den Börsenterminhandel in Anteilen von Bergwerksunternehmungen untersage. Aufgehoben wurde jedoch das damals vorliegende Urteil des Berufungsgerichts, weil die Annahme desselben, daß die hier in Rede stehenden Geschäfte als Börsentermingeschäfte anzusehen seien, nicht für genügend begründet erachtet wurde, und zwar deshalb, weil eine hinreichende Feststellung fehlte, daß nach Börsenpreisen gehandelt worden sei. Das Berufungsgericht hatte letzteres angenommen und hierzu bemerkt, daß die von der Klägerin verkauften Kuxe an den Börsen in Essen und Düsseldorf gehandelt und notiert würden; es fehlte jedoch eine Aufklärung darüber, welche Preise bei den fraglichen, in Berlin abgeschlossenen Geschäften tatsächlich zu grunde gelegt worden seien.

Bei der erneuten Verhandlung vor dem Berufungsgericht gab Klägerin die Erklärung ab, daß Kuxe der Gewerkschaft „Neue Kirche" nicht an den Börsen in Essen und Düsseldorf und überhaupt an keiner Börse jemals notiert oder auch nur gehandelt worden seien, und seitens des Beklagten ward dies als richtig bestätigt, mit dem Hinzufügen, daß die klagend geltend gemachten Geschäfte nicht im Börsengebäude abgeschlossen worden seien. Mit Rücksicht hierauf aber nahm das Berufungsgericht nunmehr an, daß diese Geschäfte nicht als Börsentermingeschäfte angesehen werden könnten, weil nicht nach einem Börsenpreis gehandelt worden sei, ein solcher vielmehr für jene Kuxe gar nicht bestanden habe.

Diese Entscheidung steht im Einklang mit den Grundsätzen, die von dem erkennenden Senat inzwischen bereits in einer gleichartigen Sache (Rep. I. 259/01) durch Urteil vom 11. Dezember 1901 ausgesprochen worden sind, und ebenso mit der Begründung des

in der vorliegenden Sache maßgebenden Urteils vom 1. Dezember 1900. Für den durch § 50 Abs. 2 des Börsengesetzes untersagten Börsenterminhandel in Anteilen von Bergwerksunternehmungen kann selbstverständlich die Begriffsbestimmung des Börsentermingeschäfts in § 48 nicht ohne weiteres maßgebend sein, da jener Handel durch § 51 von der Börse überhaupt ausgeschlossen ist. Es darf deshalb auch nicht gesagt werden, daß ein Terminhandel in sog. verbotenen Papieren nur dann als Börsenterminhandel zu gelten habe, also nur dann nichtig sei, wenn amtlich festgestellte Terminpreise zu grunde gelegt seien, da es solche nicht geben kann. Aber nach Börsenpreisen muß gehandelt sein, um ein Termingeschäft als ein „börsenmäßiges" ansprechen zu können. Wie bereits in dem Urteil vom 1. Dezember 1900,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 47 S. 109,

hervorgehoben wurde, ist durch § 50 des Börsengesetzes der börsenmäßige Terminhandel in den dort bezeichneten Waren und Wertpapieren, darunter den Anteilen von Bergwerksunternehmungen, verboten worden, um den für verhängnisvoll erachteten Einfluß der Börse auf die Entwickelung der betreffenden Unternehmungen fern zu halten. Schon dieser Zweck des Verbots weist darauf hin, daß dasselbe in einem entsprechenden beschränkten Sinne zu verstehen sei; daß eine solche Beschränkung aber notwendig ist, geht aus seinem Wortlaut und aus seinem Zusammenhang mit den sonstigen Bestimmungen des Börsengesetzes hervor. Unbefugt ist nicht jeder Terminhandel, sondern der „Börsenterminhandel" oder „börsenmäßige Terminhandel", und hierunter kann nur ein solcher verstanden werden, der mit der Börse im Zusammenhang steht. Hieraus folgt zwar nicht, daß nur solche Termingeschäfte als börsenmäßige zu gelten haben, die an der Börse selbst geschlossen sind, oder denen an der Börse festgestellte Terminpreise zu grunde gelegt werden. Beides ist vielmehr, wie in dem Urteil vom 1. Dezember 1900,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 47 S. 112 und 114,

ebenfalls schon hervorgehoben wurde, ohne Belang. Wohl dagegen erfordert es der Begriff des börsenmäßigen Termingeschäfts, daß es nach einem Preise geschlossen wird, der sich an der Börse infolge des Zusammentreffens und Zusammenwirkens der Börsenbesucher bildet, wenn auch dieser Preis kein Terminpreis zu sein braucht, sondern ein Kassenpreis sein kann, da auch ein Preis der letzteren Art

genügenden Anhalt für die Preisbildung von Termingeschäften bieten kann.

Dies Erfordernis ist jedoch im vorliegenden Falle nicht vorhanden. Allerdings sind die Kuxe der Gewerkschaft „Neue Kirche" in Berlin um die Zeit, als die hier in Rede stehenden Geschäfte geschlossen wurden, gehandelt worden, und es hat damals, wie das Berufungsgericht auf Grund der vor ihm stattgehabten Beweisaufnahme feststellt, für diese Kuxe in Berlin tatsächlich ein Marktpreis bestanden. Allein der Handel vollzog sich völlig außerhalb der Börse, und ebenso erfolgte die auf Angebot und Nachfrage beruhende Preisbildung. Ein solcher Handel aber wird von dem Verbot im § 50 des Börsengesetzes nicht betroffen.

Hiernach erweist sich die Zurückweisung des aus letzterwähntem Gesetze entnommenen Einwandes als zutreffend, dann aber das zuletzt ergangene Urteil des Berufungsgerichts als gerechtfertigt, da der klagend verfolgte Anspruch, wenn jener Einwand nicht Platz greift, begründet ist." . . .

---

50. Kann nach gemeinem Rechte oder nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche der Cedent, solange der Schuldner der abgetretenen Forderung noch nichts von der Abtretung weiß, durch Handlungen, die er in eigenem Namen als Gläubiger vornimmt, die Rechtslage des Cessionars verbessern, insbesondere accessorische Rechte für diesen erwerben oder die gegen diesen laufende Verjährung unterbrechen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 29. September 1902 i. S. L. (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. VI. 166/02.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger klagte als Cessionar seines Vaters auf Mitwirkung zur Übertragung des Eigentums an einer Wiese, die der Vater und Erblasser des Beklagten im Jahre 1841 dem Vater des Klägers verkauft und übergeben, aber noch nicht durch Zuschreibung im Grundbuche, bezw. (für die Zeit seit 1900) durch Auflassung zu Eigentum

übertragen hatte, indem dem eine Reihe von Jahren hindurch noch rechtliche Schwierigkeiten entgegengestanden hatten. In der Revisionsinstanz handelte es sich besonders um die Einreden des Vergleichs und der (nach dem bis 1900 geltenden hamburgischen Rechte zehnjährigen) Verjährung, welche vom Berufungsgerichte verworfen worden waren. Das Reichsgericht hob die angefochtene Entscheidung auf, weil es die Begründung der Verwerfung der Verjährungseinrede für rechtsirrig hielt.

Aus den Gründen:

...„Was die Einrede des Vergleichs anlangt, so steht in Frage, daß der Vater und Cedent des Klägers bereits im Jahre 1890, übrigens lange nach der (schon im Jahre 1875 erfolgten) Cession, den Beklagten, dem damals weder die Cession angezeigt, noch sonst Kunde von derselben zugekommen war, aus dem Vertrage von 1841 auf Erteilung des Konsenses zur Umschreibung der fraglichen Wiese belangt hatte, und daß dann laut gerichtlichen Protokolls vom 18. April 1890 die Parteien jenes Prozesses sich dahin „verständigten", daß der Beklagte den Konsens zu erteilen sich verpflichte, übrigens die Makler J. L. B. & Sohn durch den (damaligen) Kläger zu beauftragen seien, für Rechnung wen es angehe die weiter erforderlichen Maßnahmen förderſamst zu treffen, und im übrigen beiden Parteien Gerechtsame vollinhaltlich vorbehalten bleiben sollten, insbesondere darüber, wer zur Zahlung der etwa entstehenden Kosten, sowie der Prozeßkosten verpflichtet sein werde. Der Beklagte findet hierin den Abschluß eines Vergleichs, durch welchen er unter gewissen Voraussetzungen von neuem dem Cedenten zur Erteilung des Konsenses zur Umschreibung an diesen verpflichtet worden sei, und aus welchem nur dieser, bezw. jetzt, nach dessen inzwischen erfolgtem Tode, dessen Erben ihn in Anspruch nehmen könnten, während eben deshalb der Klage des Cessionars, des jetzigen Klägers, seitdem eine Einrede entgegenstehe. Das Oberlandesgericht hat zur Begründung der Verwerfung dieser Einrede in erster Reihe auf die diesen Punkt betreffenden Ausführungen des Landgerichts Bezug genommen. Die letzteren reichen auch aus, um die Entscheidung insoweit zu halten. Sie gehen dahin, daß jene protokollarische „Verständigung" der Parteien des Vorprozesses nicht als ein Vergleich gemeint gewesen sei, durch den jene Streitsache hätte endgültig erledigt und ein neuer Verpflichtungsgrund für den

Beklagten geschaffen werden sollen, sondern daß es sich dabei nur um einen vorläufigen Versuch, die Sache zu Ende zu bringen, gehandelt habe, der dadurch, daß der damalige Kläger gestorben sei, ohne jemals den Maklern B. & Sohn den in Aussicht genommenen Auftrag erteilt zu haben, hinfällig geworden sei. Dem kann nur zugestimmt werden, und jedenfalls sind durch diese Auffassung der Vorgänge des Vorprozesses keine revisibeln Rechtsnormen verletzt. Wenn der Beklagte in der Revisionsverhandlung die Frage aufgeworfen hat, ob dann nicht der Vorprozeß als noch anhängig würde zu gelten haben, so ist hierauf nicht weiter einzugehen, weil der Beklagte die Einrede der Rechtshängigkeit im gegenwärtigen Prozesse nicht vorgeschützt hat.

Bei dieser Sachlage bedurfte der zweite, eventuelle Grund, auf den das Berufungsgericht die Verwerfung der Einrede des Vergleichs gestützt hat, an sich keiner Erörterung. Wegen seines inneren Zusammenhangs mit der Begründung der Verwerfung der Verjährungseinrede, welche nicht gebilligt werden kann, wird aber mittelbar doch auf ihn zu kommen sein.

Die Einrede der Verjährung ist darauf gestützt worden, daß nach dem Sinne des Vertrages von 1841, wenigstens nach der eigenen Behauptung des Klägers, der Verkäufer der Wiese, der Vater des Beklagten, bezw. dieser selbst, als Erbe des ersteren, die Eigentumsübertragung zu bewirken gehabt habe, sobald die auf der Wiese dinglich haftende Altenteilslast durch den Tod der Altenteilerin weggefallen war, und daß seit diesem Tode bis zur Erhebung der vorliegenden Klage eine weit längere Zeit als die gesetzliche Verjährungsfrist verstrichen sei, während auch die Cession, auf die der Kläger sich berufe, schon im Jahre 1875 stattgefunden habe, ohne daß der Kläger seitdem jemals die fragliche Eigentumsübertragung verlangt hätte. Das Berufungsgericht hat die Einrede deswegen verworfen, weil die Verjährung jedenfalls durch die zwischen dem Vater und Cedenten des Klägers und dem Beklagten vorgekommenen Vorgänge, insbesondere durch wiederholte Mahnungen von seiten des ersteren — da nach hamburgischem Rechte vor dem Jahre 1900 eine Mahnung zur Unterbrechung der Verjährung genügt habe —, dann durch die Klaganstellung im mehrerwähnten Vorprozesse, endlich durch die in der schon besprochenen gerichtlichen „Verständigung" vom Jahre 1890 liegende Anerkennung der Verpflichtung auf seiten des Beklagten,

immer rechtzeitig vor Ablauf der nach hamburgischem Rechte hier in Betracht kommenden zehnjährigen Verjährungsfrist unterbrochen worden sein würde. Das Oberlandesgericht geht nämlich davon aus, daß, wie bis zur Anzeige der Abtretung der Forderung, bezw. bis zur Kenntnis des debitor cessus von diesem Vorgange der Cedent durch seine Rechtshandlungen gegenüber dem Schuldner die Rechtslage des Cessionars verschlechtern könne, so bis zu demselben Zeitpunkte sowohl nach dem früheren gemeinen Rechte, als auch nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch seine Rechtshandlungen, soweit sie an sich vorteilhaft seien, zu gunsten des Cessionars wirkten, und hat diese Auffassung eben auch schon für die Verwerfung der Vergleichseinrede als zweite, eventuelle Begründung verwertet. Diese Ansicht ist nun aber rechtlich nicht zu billigen, und zwar am wenigsten vom Standpunkte des Bürgerlichen Gesetzbuchs aus. Nach § 398 desselben tritt durch die Abtretung der neue Gläubiger völlig an die Stelle des bisherigen Gläubigers: der letztere ist daher von da an eben nicht mehr Gläubiger und kann folglich jetzt weder durch einen in eigenem Namen geschlossenen Vertrag ein accessorisches Recht für den nunmehrigen Gläubiger begründen, z. B. ein Pfandrecht (§ 1205 Abs. 1) oder einen Bürgschaftsanspruch (§ 765 Abs. 1), noch durch eine in eigenem Namen vorgenommene Rechtshandlung die Verjährung zu gunsten des von ihm verschiedenen neuen Gläubigers unterbrechen (vgl. §§ 208. 209). Daß er durch seine Handlungen möglicherweise nach § 407 B.G.B. das Recht des Cessionars so lange beeinträchtigen kann, als der Schuldner von der Abtretung nichts weiß, beruht auf besonderen Billigkeitsgründen und berechtigt keineswegs zu der Schlußfolgerung, daß auch alle dem Cessionar vorteilhaften Handlungen vom Cedenten in eigenem Namen mit derselben Wirkung wie vom Cessionar selbst vorgenommen werden können.

Vgl. auch Dernburg, Bürgerliches Recht Bd. 2 Abt. 1 § 139 I 3, S. 315.

Das Berufungsgericht führt zwar für seine Ansicht eine Stelle der Motive zum ersten Entwurfe (Bd. 2 S. 133) an; aber dort findet sich nichts, was derselben zur Stütze dienen könnte.

Nun kommt es hier allerdings zunächst nicht auf das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern auf das vor dem Jahre 1900 geltende, insbesondere auf das gemeine, Recht an; aber das gemeine

Recht unterschied sich nach richtiger Auffassung in den hier erheblichen Beziehungen — abgesehen von dem für den vorliegenden Fall jedoch nicht in Betracht kommenden Zweifel, ob zur Ausschließung von Einreden aus späteren Handlungen des Cedenten jede Kenntnis des Schuldners von der Abtretung genügte, oder eine Denunziation derselben von seiten des Cessionars erforderlich war — nicht vom Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es ist noch hervorzuheben, daß hier auch in Ansehung der Verjährungseinrede die Nachprüfung des Reichsgerichts einzutreten hat. Es steht in dieser Sache zwar nach § 549 C.P.O., bezw. § 6 des Einf.-Ges. zu derselben in Verbindung mit § 1 der Kaiserlichen Verordnung vom 28. September 1879 auch für das Reichsgericht fest, daß die hier in Frage kommende Verjährung auch durch bloße Mahnung von seiten des Gläubigers unterbrochen werden konnte, ebenso wie andererseits nach § 562 C.P.O. feststeht, daß die Verjährungsfrist hier zehn Jahre betrug; denn hierbei handelt es sich um die Anwendung der partikularrechtlichen Bestimmungen der Hamburger Statuten 1, 21, 2, bezw. in ersterer Beziehung etwa auch eines sich daran schließenden partikulären Gewohnheitsrechts; aber bei Entscheidung der Frage, ob die Rechtshandlungen des Cedenten, solange der Schuldner noch nichts von der Cession weiß, dem Cessionar zu gute kommen, hat das Berufungsgericht nichts aus den besonderen Bestimmungen des hamburgischen Rechts abgeleitet, sondern nur gemeinrechtliche Rechtsgrundsätze, also revisibles Recht, anwenden wollen.

Was nun das gemeine deutsche Recht der Cession anlangt, so ist zuvörderst so viel in der Rechtsprechung des Reichsgerichts, in Übereinstimmung mit der in den letzten Jahrzehnten herrschenden Lehre, stets angenommen worden,

vgl. besonders Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 4 S. 114 flg.,

daß die Cession eine wirkliche Übertragung des Forderungsrechts in sich schließe. Wird, wie völlig unbedenklich ist, hieran festgehalten, so ergibt sich als notwendige Folge, daß, gerade wie nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche, so auch schon nach dem früheren gemeinen Rechte von dem Augenblicke an, wo der Cessionar als Gläubiger an die Stelle des Cedenten getreten ist, durch Handlungen, die der Cedent in eigenem Namen vornimmt, die Rechtslage des Cessionars nicht mehr verbessert werden kann; denn die Normen des gemeinen Rechts über die Entstehung accessorischer Rechte, wie diejenigen über

die Unterbrechung der Verjährung durch Rechtshandlungen des Gläubigers decken sich inhaltlich durchaus mit den oben angeführten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Es würde sich nur noch fragen, ob denn nicht die l. 6 Dig. de her. vend. 18, 4, auf welche sich das Oberlandesgericht für seine Auffassung berufen hat, der Ziehung der dargelegten Konsequenz im Wege stehe. In dieser Beziehung ist nun zunächst hervorzuheben, daß eine, auch vom Reichsgericht bisher unentschieden gelassene, Meinungsverschiedenheit darüber besteht, ob die Cession schon im justinianischen Rechte zu einer wirklichen Übertragung des Forderungsrechts entwickelt war, oder ob dieses Endergebnis erst durch ein gemeines deutsches Gewohnheitsrecht herbeigeführt worden ist. Von dem letzteren Standpunkte aus würde die l. 6 cit. keinesfalls als Gegengrund in Betracht kommen; sie würde eben mit der Veränderung der rechtlichen Natur der Cession eventuell ihre praktische Geltung verloren haben. Freilich hingen nun aber mehrere der bedeutendsten gemeinrechtlichen Schriftsteller der Ansicht an, daß schon in den späteren Zeiten der römischen Rechtsentwickelung die Cession einen wirklichen Übergang des Forderungsrechts vom Cedenten auf den Cessionar bewirkt habe.

Vgl. z. B. Arndts, Pandekten (10. Aufl.) § 254, S. 451, und insbesondere Anm. 5, S. 453; v. Wächter, Pandekten Bd. 2 § 193, S. 405 flg.; Windscheid, Pandektenrecht (8. Aufl.) Bd. 2 § 329, S. 333 flg.; Bähr in den Jahrbüchern f. d. Dogmatik des Privatrechts, Bd. 1 S. 360 flg.

Nach dieser Ansicht war die fragliche Änderung des Rechts schon dadurch vollzogen, daß an die Stelle des Notbehelfs des mandatum actionis in rem suam seit der Zeit des Antoninus Pius allmählich die dem Cessionar aus seinem eigenen Rechte zu gewährende actio utilis gesetzt wurde, womit notwendig die Gewährung einer exceptio an den Schuldner dem Cedenten gegenüber Hand in Hand ging (vgl. l. 18 pr. Dig. de pign. act. 13, 7); damit war die Übertragung von Forderungen als Rechtsinstitut auf dem Gebiete des prätorischen Rechtes anerkannt, und das war für das wirklich geltende Recht, namentlich für den Begriff des „debitum", das Entscheidende.

Vgl. l. 3 § 1 Dig. de pec. const. 13, 5. l. 20 § 3 Dig. de lib. causa 40, 12. l. 42 § 1 Dig. de O. et A. 44, 7. l. l. 10. 55 Dig. de V. S. 50, 16.

Wenn ferner Windscheid (a. a. O. § 331 Anm. 4 u. 8, S. 340 flg. und 341 flg.) wegen der in l. 3 Cod. de nov. 8, 42 mit Beziehung auf einen Cedenten und die Zeit vor der Denunziation der Cession gebrauchten Wendung „non vetaris“ (näml. „exigere a debitore tuo debitam quantitatem“) allerdings daran festgehalten hat, daß doch erst von der Denunziation der Cession an der Schuldner dem Cedenten gegenüber eine exceptio habe, also bis dahin auch dem Cedenten noch die Gläubigerrechte zustehen, so sind dem andere Schriftsteller, wenn auch zum Teil unter einer etwas künstlichen Behandlung der l. 3 cit., entgegengetreten.

Vgl. Bähr, a. a. O. S. 414 flg.; v. Salpius, Novation und Delegation, S. 419 flg.; Schmid, Cession Tl. 2 S. 296 flg.; Brinz, Pandekten (2. Aufl.) Bd. 2 § 284, S. 393 flg., beſ. Anm. 11.

Aber auch vom Standpunkte dieſer letzteren aus macht in Wirklichkeit die l. 6 Dig. 18, 4 in der hier zu entſcheidenden Frage nicht die geringſte Schwierigkeit. Die Stelle lautet:

„Emptori nominis etiam pignoris persecutio praestari debet, ejus quoque, quod postea venditor accepit; nam beneficium venditoris prodest emptori.“

Sie wird von Windscheid (a. a. O. § 331 Anm. 6, S. 341) allerdings dafür angeführt, daß der Cedent „für die Forderung“ vor der Denunziation der Cession noch erwerben könne, übrigens mit der, für das juſtinianiſche Recht indeſſen bedeutungsloſen, Einräumung, daß ſie urſprünglich wohl vom Standpunkte des mandatum in rem suam aus geſchrieben ſein möge. Ebenſo ſcheint auch v. Keller (Pandekten [2. Aufl.] Bd. 1 § 280, S. 602) die Stelle zu verſtehen. Auch Seuffert (Pandektenrecht [4. Aufl.] Bd. 2 § 297 Anm. 4, S. 161), dem hierbei Brinz (a. a. O. § 284 Anm. 11, S. 394 flg. und § 285 Anm. 2, S. 401) zuſtimmt, und Schmid (a. a. O. S. 183 flg.) faſſen ſie an ſich nicht anders auf; da ſie ihnen aber dann in ihr Syſtem nicht paßt, nach welchem eben auch ſchon ohne Denunziation die Forderung durch die Abtretung ſofort auf den Ceſſionar übergeht, ſo helfen ſie ſich mit einer ſehr gekünſtelten, bedenklichen Erklärung des von ihnen unterſtellten Inhalts der Stelle. Lieſt man aber die l. 6 unbefangen, ſo erkennt man alsbald, daß ſie gar nicht von einer cedierten Forderung ſpricht, auch nicht einmal von einem mandatum actionis, ſondern von einer nur erſt ver-

kauften Forderung, und daß sie besagt, der Verkäufer einer Forderung sei aus dem Verkaufe nicht nur zur Cession dieser Forderung verpflichtet, sondern auch zur Mitabtretung eines etwa von ihm inzwischen für sie erworbenen Pfandrechts, als eines commodum des verkauften Gegenstandes. Freilich wird man, nachdem die Cession durch formlose Willenserklärung einmal Rechtsinstitut geworden ist, in der Praxis geneigt sein, im Zweifel in dem Verkaufe einer Forderung zugleich auch schon die Abtretungserklärung zu finden; aber grundsätzlich bleibt doch zwischen beidem zu unterscheiden und wird namentlich in den römischen Rechtsquellen durchaus so unterschieden, insbesondere in der der l. 6 inhaltlich ganz ähnlichen l. 23 pr. Dig. de her. vend. 18, 4, an der bisher noch niemand Anstoß genommen hat. Da nun hier zweifellos eine zur erheblichen Zeit schon abgetreten gewesene Forderung in Frage steht, so verliert die richtig verstandene l. 6 Dig. 18, 4 hier jede Bedeutung, die ihr sonst etwa auch für die Frage der Unterbrechung der Verjährung beizulegen wäre. Mit Unrecht hat also das Berufungsgericht angenommen, daß durch die fraglichen Rechtshandlungen des Vaters des Klägers, von denen nicht behauptet ist oder vorliegt, daß sie im Namen des Klägers in dessen Auftrag oder mit der nachträglichen Genehmigung desselben vorgenommen seien, die Verjährung zu gunsten des Klägers unterbrochen sein würde.

Aus diesem Grunde mußte das angefochtene Erkenntnis aufgehoben werden. Da der Anfangspunkt der Verjährung, der Zeitpunkt der actio nata, noch nicht festgestellt ist, so war nach § 565 C.P.O. die Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht erforderlich. Es wird dann darauf ankommen, ob jener Anfangspunkt mehr als 10 Jahre hinter dem 1. Januar 1900 zurück liegt; denn sollte die Verjährung an diesem Tage noch nicht vollendet gewesen sein, so würde nunmehr nach Art. 169 Einf.-Ges. zum B.G.B. nur noch die dreißigjährige Frist des § 195 B.G.B. in Betracht kommen (vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 50 S. 274)."

51. Findet die Befreiungsvorschrift des Abs. 2 des Tarifs Nr. 1c zum Reichsstempelgesetz vom 14. Juni 1900 auch auf Einzahlungen Anwendung, die vor Eröffnung des Betriebes des Bergwerks ausgeschrieben werden? Begriff der Betriebseröffnung.

VII. Civilsenat. Urt. v. 30. September 1902 i. S. Gewerkschaft H. S. (Kl.) w. preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. VII. 194/02.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die klagende Gewerkschaft hatte im Jahre 1898 zum Zwecke der Gewinnung von Mineralien nach bergtechnischen Regeln mit der Abteufung eines Schachtes in der Gemarkung E. begonnen. Die Arbeiten waren infolge des Durchbruchs von Triebsand und Wasser noch nicht beendet, so daß eine Förderung vorläufig nicht stattfand. Behufs Fertigstellung des Schachtes wurden nach dem 1. Juli 1900 Zubußen auf die einzelnen Kuxe in einer Gesamthöhe von 300000 ℳ ausgeschrieben und auch verwendet. Der beklagte Fiskus erhob auf Grund des Tarifs Nr. 1c zu dem Reichsstempelgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Juni 1900 (R.G.Bl. S. 275) den Stempel zu 1 v. H. von den ausgeschriebenen Einzahlungen mit 3000 ℳ. Die Klägerin war der Ansicht, daß die Zubußen, weil zur Erhaltung des Betriebes in seinem bisherigen Umfange bestimmt, steuerfrei seien (Abs. 2 der angeführten Tarifnummer), und forderte den eingezogenen Stempelbetrag zurück. Das Landgericht verurteilte den Fiskus nach dem Klagantrage, das Oberlandesgericht dagegen wies die Klage ab. Die Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Nach dem Tarif Nr. 1c zum Reichsstempelgesetz vom 14. Juni 1900 werden Anteilsscheine gewerkschaftlich betriebener Bergwerke (Kuxe, Kuxscheine) mit einem festen Stempel von 1,50 ℳ für jede einzelne Urkunde belegt. Im zweiten Absatze der Tarifnummer ist eine fernere Besteuerung aller nach dem 1. Juli 1900 auf Werte der angegebenen Art ausgeschriebenen Einzahlungen mit 1 v. H. vom Betrage der Einzahlung vorgesehen, soweit solche nicht zur Deckung von Betriebsverlusten dienen oder zur Erhaltung des Betriebs in seinem bisherigen Umfange bestimmt sind oder verwendet werden.

Der Zweck des Gesetzes war, auch die bergbaulichen Unternehmungen der Gewerkschaften mehr, als bisher, zur Besteuerung heranzuziehen und sie tunlichst denen der Aktiengesellschaften in diesem Punkte gleichzustellen. Aktien unterliegen nach dem Tarife Nr. 1 a und b einem Wertstempel von 2 bezw. $2^1/_2$ v. H. vom Nennwert oder dem näher im Gesetze bezeichneten Betrage. Diese Besteuerung erwies sich für die Kuxe, die keinen Nennwert haben, als untunlich. Man ließ es daher für die einzelnen Kuxscheine als die Urkunden über Anteile an dem Vermögen einer bestimmten Gewerkschaft bei dem niedrigen — dem bisherigen preußischen Landesstempel entsprechenden — Fixstempel von 1,50 ℳ für jeden Kuxschein bewenden und besteuerte die tatsächlichen Einzahlungen, die auf jene Scheine ausgeschrieben würden, indem man erwog, daß es sich nach der Natur des Bergwerksbetriebes nicht von vornherein übersehen lasse, welche Beträge für das Unternehmen erforderlich seien, daß vielmehr, abweichend von dem Verfahren der Aktiengesellschaften, das benötigte Kapital erst allmählich mit fortschreitendem Ausbau des Bergwerks von den Gewerken in der Form von Zubußen eingefordert werde (Bericht der Reichstagskommission S. 22 flg.). Es ist hiernach klar, daß an sich auch das in gewerkschaftlichen Unternehmungen angelegte Kapital von der Steuer, die niedriger als der Aktienstempel bemessen war, hat getroffen werden sollen. Es wurde indessen geltend gemacht, daß die Einzahlungen, die man besteuern wollte, nicht immer als ein Kapitalzuwachs und eine Verbesserung der Vermögenslage anzusehen seien, sondern in vielen Fällen auch zur Deckung von Betriebsverlusten eingefordert würden. Deshalb wurde beschlossen, derartige Einzahlungen vom Stempel freizulassen; ihnen sind dann die in der Form von Zubußen erscheinenden Ausgaben hinzugefügt, die zur Erhaltung des Betriebes in seinem bisherigen Umfange bestimmt sind und verwendet werden, weil man nicht nur Einzahlungen zur Deckung, sondern auch solche zur Verhütung von Verlusten und überhaupt diejenigen von der Besteuerung befreien wollte, welche nicht zur Erweiterung des Betriebes dienen.

Vgl. Kommissionsbericht S. 24; Stenographische Berichte über die 10. Legislatur-Periode I. Session 1898/1900 S. 5871. 5872. 6017. 6018, Reden der Abgeordneten Grafen v. Oriola und Hilbck, Drucksachen Nr. 902.

Die Befreiungsvorschriften beziehen sich demgemäß lediglich auf Einzahlungen, die nach Eröffnung des Betriebes gefordert werden. Daß die vor diesem Zeitpunkte geleisteten, der Ermöglichung des Betriebes dienenden Ausgaben, also die Kosten der ersten Anlage des Bergwerks, der Schaffung der Betriebsstätte, das Anlagekapital in diesem Sinne, haben stempelfrei bleiben sollen, ist weder aus dem Wortlaute des Gesetzes noch aus den Verhandlungen des Reichstages, aus dessen Initiative die Abänderungen des Reichsstempelgesetzes hervorgegangen sind, zu entnehmen. Man könnte also zu einer der Klägerin günstigen Entscheidung und zur Anwendung der Befreiungsvorschrift nur dann gelangen, wenn es sich bei den vom Beklagten zur Steuer herangezogenen Einzahlungen um ein bereits im Betriebe befindliches Bergwerk handelte. Dies ist aber vom Berufungsrichter ohne Rechtsirrtum verneint. Was man unter Bergwerksbetrieb im Sinne des Reichsstempelgesetzes zu verstehen hat, ist im Gesetze nicht gesagt. Gelegentlich ist in den parlamentarischen Verhandlungen von der Fertigstellung und dem Herstellungspreis des Bergwerks die Rede (Stenographische Berichte S. 5875. 5909). Die Meinung ist also offenbar gewesen, daß nur ein fertiges Bergwerk in Betrieb gesetzt und betrieben werden könne, und es fragt sich daher, wann ein Bergwerk als fertig anzusehen ist. Unter einem Bergwerk versteht man bergtechnisch und im gewöhnlichen Sprachgebrauche nicht sowohl die Berechtigung zum Bergbau, die auf Verleihung oder, wie beim Kalibergbau in Hannover, auf dem Rechte des Grundeigentümers beruhen kann, als die gesamte bergbauliche Anlage, welche behufs Gewinnung der Mineralien errichtet worden ist.

Vgl. Veith, Bergwörterbuch S. 64; Entsch. des R.G.'s Bd. 19 S. 192, Bd. 30 S. 210.

Hiernach ist ein Bergwerk jedenfalls erst vollendet, wenn die Anlage die Gewinnung des Minerals ermöglicht, wenn also mindestens ein die Förderung gestattender Zugang zu dem Mineral in Form eines Schachtes oder einer sonstigen bergbaulichen Anlage vorhanden ist. Bis dahin ist eine Inbetriebsetzung der Zeche, eine regelmäßige, durch die Belegschaft ausgeführte Grubenarbeit ausgeschlossen (Veith, a. a. O. S. 98). Darauf, daß schon vor diesem Zeitpunkte bergbauliche Anlagen ausgeführt werden, und daß, wie der erste Richter es bezeichnet, die Technik des Bergbaus nicht bloß bei den Förderungsarbeiten,

sondern auch bei den Ausschachtungsarbeiten ihre Rolle spielt, kommt es nicht an. Ob man bei den letzteren Arbeiten im bergmännischen Sinne von einem Treiben oder Betreiben des Bergwerks sprechen kann, soll dahingestellt bleiben. Im Sinne des Reichsstempelgesetzes, das wirtschaftliche Zwecke verfolgt, handelt es sich um den wirtschaftlichen Begriff des Betriebes, der voraussetzt, daß mit der ertragbringenden Tätigkeit der Förderung des Minerals begonnen ist. Früher kann auch nicht von Betriebsverlusten die Rede sein. Eine ganz andere, hier nicht zu erörternde Frage ist es, ob neue Schachtanlagen nach Eröffnung des Betriebes eines Bergwerks zu diesem Betriebe gehören. Es ist auch nicht zu entscheiden, ob die Abteufung des ersten Schachtes bereits zum Bergbaubetriebe gemäß § 148 des Berggesetzes zu rechnen ist. Die von der Revisionsklägerin angezogenen Urteile des Reichsgerichts,

Entsch. dess. in Civils. Bd. 26 S. 224 und Bd. 35 S. 170,

bejahen dies übrigens nicht, sondern betreffen Anstalten und Einrichtungen, die unzweifelhaft der Inbetriebsetzung des Bergwerks in dem entwickelten Sinne nachgefolgt sind. Daß das Reichsstempelgesetz anders, als geschehen, ausgelegt werden müsse, folgt auch nicht, wie die Revision meint, aus dem ersten Absatz des Tarifs Nr. 1 c. Wenn dort die Anteilsscheine gewerkschaftlich betriebener Bergwerke für stempelpflichtig erklärt sind, so ist klar, daß für diese Stempelpflicht der Betrieb oder Nichtbetrieb des Bergwerks gleichgültig ist. Es genügt das Vorhandensein einer Urkunde über den Anteil eines Gewerken am gewerkschaftlichen Vermögen.

S. auch die Fassung im Tarif Nr. 4 a 3, wo dem Stempel Anteile von bergrechtlichen Gewerkschaften unterworfen sind.

Für den Begriff des Betriebes ist aus jener Vorschrift nichts zu entnehmen. Daß der § 102 des Berggesetzes dem gewonnenen Ergebnis nicht entgegensteht, hat der Berufungsrichter zutreffend ausgeführt. Wenn die Gewerken verpflichtet sind, die zum Betrieb erforderlichen Beiträge zu zahlen und die Schuldverbindlichkeiten der Gewerkschaft zu decken, so haben sie auch die für die Inbetriebsetzung des Bergwerks notwendigen Kosten, also die Kosten der ersten Anlage, zu tragen. Daraus folgt aber nicht, daß diese erste Einrichtung schon Betrieb ist. Im vorliegenden Falle steht fest, daß die zu besteuernden Einzahlungen zum Zwecke der Fertigstellung derjenigen Schachtanlage

ausgeschrieben sind, welche erst den Zutritt zu dem Mineral eröffnen soll, ohne daß bereits irgendwie in dem betreffenden Felde mit der Förderung begonnen worden wäre. Sie sind also weder zur Deckung von Betriebsverlusten noch zur Erhaltung des Betriebes in seinem bisherigen Umfange bestimmt und verwendet. Es fehlt zur Zeit an einem Bergwerke, das betriebsfähig wäre. Daß das Gesetz auch die für die Herstellung des Bergwerks notwendigen Kosten, ohne deren Aufwendung der Betrieb nicht begonnen werden kann, von der Steuer habe frei lassen wollen, erhellt nicht. Die Absicht einer möglichsten Gleichstellung der Gewerkschaften mit den Aktiengesellschaften spricht für das Gegenteil, und es möchte auch nicht, wie der erste Richter annimmt, widersinnig sein, daß Einzahlungen, die nach der Inbetriebsetzung des Bergwerks als steuerfrei gelten können, versteuert werden müssen, sofern sie erst diese Inbetriebsetzung vorbereiten sollen. Hätte der Gesetzgeber die Befreiung auch auf solche Kosten der ersten Einrichtung des Bergwerks ausdehnen wollen, so wäre diesem Willen ein entsprechender Ausdruck im Gesetze zu geben gewesen. Hiernach kann dahingestellt bleiben, ob der vom Berufungsrichter herangezogene Gesichtspunkt des Kapitalzuwachses zutrifft, und ob auf die von ihm ferner betonte Tendenz des Gesetzes, dem Reiche Mittel zuzuführen, entscheidendes Gewicht zu legen ist."

---

52. Haben unterhaltsberechtigte Eltern, wenn von mehreren Kindern das eine leistungsunfähig und ohne Abkömmlinge ist, von den anderen leistungsfähigen Kindern den vollen Unterhalt zu beanspruchen?

IV. Civilsenat. Urt. v. 22. September 1902 i. S. A. (Bekl.) w. S. (Kl.). Rep. IV. 140/02.

I. Landgericht Altona.
II. Oberlandesgericht Kiel.

Aus den Gründen:

... „Die Voraussetzungen der Unterhaltspflicht des Kindes, soweit es sich um die Hülfsbedürftigkeit des Klägers, um die Leistungsfähigkeit des Beklagten und um die Leistungsunfähigkeit der Ehefrau des Klägers handelt, sind vom Berufungsrichter in bedenken-

freier und auch vom Revisionskläger nicht angefochtener Weise festgestellt. In Rücksicht darauf aber, daß neben dem Beklagten eine eheliche kinderlose Tochter des Klägers vorhanden ist, entsteht der auch vom Berufungsrichter erörterte Zweifel, ob bei der Leistungsunfähigkeit dieser Tochter der Beklagte für den vollen Unterhalt oder ob er nur für die Hälfte aufzukommen hat. Denn die im § 1606 B.G.B. für die absteigende Linie verordnete Verteilung der Verpflichtung nach der gesetzlichen Erbfolgeordnung und nach dem Verhältnis der Erbteile könnte in Verbindung damit, daß nach § 1607 bei gänzlicher oder teilweiser Leistungsunfähigkeit des einen der mehreren Verpflichteten die Ergänzung des Fehlenden nicht dem neben ihm, sondern dem nach ihm haftenden Verwandten zugewiesen ist, bei strengem Festhalten an der Fassung der Gesetzesvorschriften dahin führen, die Verpflichtung des Beklagten auf die Hälfte des gleichviel ob standesmäßigen oder auch nur notdürftigen Unterhalts einzuschränken. Spahn (Verwandtschaft und Vormundschaft S. 55 und 56) glaubt eine Lösung für diese Zweifelsfrage darin zu finden, daß er annimmt, die in gleichem Range mit dem Vormanne haftenden Verwandten wären zwar nicht nachstehende Verwandte im Sinne des § 1607, sie kämen jedoch beim Fortfall des leistungsunfähigen Vormannes und beim ferneren Fortfall des (als vorhanden vorausgesetzten) zunächst berufenen Nachmannes als dessen Nachmänner an die Reihe. Wenn auch nicht in der Begründung, so ist doch jedenfalls im Ergebnis dieser Ansicht Spahns und der damit übereinstimmenden Meinung der übrigen Schriftsteller beizupflichten.

Vgl. Knitschky, Rechtsverhältnis zwischen Eltern und Kindern S. 121. 122; Planck, Anm. 1 zu § 1607; Staudinger-Engelmann, Anm. 1 zu § 1607; Endemann, Bd. 2 S. 851; Cosack, Bd. 2 S. 544 Anm. 6b.[1]

Hätte das Bürgerliche Gesetzbuch in Abweichung von sämtlichen früheren Rechtssystemen die Möglichkeit eines bruchteilweisen Ausfalls der den Verwandten obliegenden Unterhaltspflicht rechtsgrundsätzlich zulassen wollen, so würde schon mit Rücksicht auf die volkswirtschaftliche und namentlich auch für das öffentliche Armenwesen einschneidende Be-

[1] Anderer Meinung: Bunsen in Bernhöft u. Binders Beiträgen zur Auslegung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Heft 3 S. 216. D. E.

deutung einer solchen Neuerung es unerläßlich gewesen sein, ihr durch eine besondere Gesetzesvorschrift von zweifelsfreier Klarheit Ausdruck zu geben. Diese fehlt, und nur durch Auslegung darf sie nicht in das Gesetz hineingetragen werden. Die Vorschriften in § 1606 Abs. 1 Satz 2 und in § 1607 Abs. 1 werden vielmehr in ihrer Bedeutung näher bestimmt und in ihrer Tragweite eingeschränkt durch den das Unterhaltsrecht unter Verwandten ganz allgemein beherrschenden Grundsatz des § 1603 Abs. 1, wonach eine Unterhaltspflicht immer nur unter der Voraussetzung der Leistungsfähigkeit besteht. Daraus folgt, daß auch eine Teilung der Verpflichtung nur dann eintreten kann, wenn die als Mitverpflichtete in Betracht kommenden Personen, in letzter Linie wenigstens, ebenfalls leistungsfähig sind. Nur unter dieser Voraussetzung und unter entsprechender Einschränkung, soweit sie fehlt, gilt von vornherein die im § 1606 Abs. 1 verordnete Teilung nach Verhältnis der Erbteile, und dieser aus dem Ineinandergreifen der §§ 1603 und 1606 sich ergebende Grundsatz kann durch § 1607 Abs. 1 nicht als beeinflußt gelten. Daß diese Auslegung den Absichten entspricht, die bei der Abfassung des Gesetzes bestanden haben, steht außer Zweifel. Der Entwurf der ersten Lesung enthielt an Stelle des § 1607 Abs. 1 im § 1487 Abs. 1 die Bestimmung:

> Soweit ein Verwandter nicht imstande ist, dem Bedürftigen den Unterhalt zu gewähren, ist er in Ansehung der Unterhaltsverpflichtung der übrigen Verwandten als nicht vorhanden anzusehen.

Seine Erläuterung fand dieser Gesetzesvorschlag in folgender Bemerkung der Motive Bd. 4 S. 694:

> Wenngleich der § 1487 Abs. 1 nur als eine Konsequenz des § 1482 Abs. 1 (d. i. der jetzt im § 1603 unter anderer Fassung enthaltenen Gesetzesvorschrift) und des dem Entwurf zu grunde liegenden Prinzips sich darstellt, daß die Unterhaltspflicht eine fort und fort sich erneuernde Verbindlichkeit ist, so ist doch die Aufnahme der Bestimmung im Interesse der Deutlichkeit des Gesetzes als ratsam erachtet.

Die Bestimmung im § 1487 Abs. 1 sollte mithin lediglich als eine besondere Anwendung des über ihr stehenden und sie beherrschenden Grundsatzes im § 1482 Abs. 1 (jetzt also des seinem sachlichen Inhalte nach gleichen § 1603) in das Gesetz aufgenommen werden.

Die Kommission für die zweite Lesung des Gesetzbuchs billigte

den sachlichen Inhalt des § 1487 Abs. 1, beschloß jedoch der Bestimmung eine redaktionell geänderte Fassung wie folgt zu geben:

> Soweit ein Verwandter nicht imstande ist, den Unterhalt zu gewähren, kommt er für die Haftung der übrigen Verwandten nicht in Betracht.

(Protokolle vom 28. Februar 1894 S. 5844 der Protokolle zweiter Lesung.)

Erst die Redaktionskommission gab der Bestimmung ihre gegenwärtige sich in ihrem Wortlaut dem § 19 A.L.R. II. 3 nähernde und nunmehr zum Gesetze erhobene Fassung:

> Soweit ein Verwandter in Gemäßheit des § 1482 (jetzt § 1603) nicht unterhaltspflichtig ist, hat der nach ihm haftende Verwandte den Unterhalt zu gewähren.

(Beschlüsse der Redaktionskommission S. 863.)

Schon wegen ihres Ursprungs kann deshalb die Bestimmung in ihrer jetzigen Fassung nur auf eine klarere Ausprägung desselben Rechtsgedankens berechnet gewesen sein. Mag deshalb auch, wie dies unter anderen durch Knitschky, a. a. O. S. 121, geschieht, der Vorzug der besseren und vorsichtigeren Fassung den früheren Entwürfen beigemessen werden müssen, so hat jedoch immerhin die Hauptkommission der zweiten Lesung den Beschluß ihrer Redaktionskommission gutgeheißen und da zu diesem Punkte des Entwurfs eine Änderung der Redaktionsbeschlüsse nicht beantragt war, sie mit der Gesamtheit der nicht beanstandeten Vorschläge der Subkommission am 21. Oktober 1895 als eine rein redaktionelle Änderung angenommen (S. 8837 der Protokolle zweiter Lesung).

Hiernach hat der Berufungsrichter aus dem Umstande, daß die Tochter des Klägers außer stande ist, ohne Gefährdung ihres standesmäßigen Unterhalts zur Bestreitung des Unterhalts ihres Vaters etwas beizutragen, und aus dem ferneren Umstande, daß nach ihr haftende Verwandte, die gemäß § 1607 Abs. 1 an ihre Stelle treten könnten, überhaupt nicht vorhanden sind, unter zutreffender Gesetzesanwendung die Folgerung gezogen, daß der Beklagte nicht bloß zur Hälfte, sondern im vollen Umfange als verpflichtet anzusehen sei, den durch das Teilurteil der ersten Instanz zunächst auf das Maß der Notdürftigkeit beschränkten Unterhalt ... dem Kläger herzugeben." ...

53. Wie sind bei erhobener Widerklage die Gebühren in der Jahresrechnung — § 94 Ziff. 1 G.K.G. — zu berechnen?

III. Civilsenat. Beschl. v. 23. September 1902 i. S. W. (Kl. u. Widerbekl.) w. D. Cementbau-Ges., vormals P. S. Akt.-Ges. (Bekl. u. Widerkl.). Beschw.-Rep. III. 153/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Streitig ist die Frage, ob in der gemäß § 94 Ziff. 1 des deutschen Gerichtskostengesetzes für den Kläger aufgestellten Jahresrechnung die Gebühren mit Recht nach dem zusammengerechneten Gegenstande der Klage von 200245 ℳ und der Widerklage von 15000 ℳ berechnet worden, oder ob sie nur nach dem Gegenstande der Klage zum Ansatz zu bringen sind. Die weitere Beschwerde hält das erstere für richtig, während der angefochtene Beschluß das letztere angenommen hat.

Die Beschwerde erscheint begründet.

Nach § 94 Ziff. 1 G.K.G. werden in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten schon vor der Beendigung der Instanz mit dem Ablaufe je eines Jahres seit Bestimmung des ersten Termins oder Stellung des ersten Antrags die bis dahin entstandenen Gebühren und Auslagen fällig, und der § 89 bestimmt, daß in Ermangelung eines anderen Schuldners (§ 86) derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat, Schuldner der entstandenen Gebühren und Auslagen ist. Das Gesetz unterscheidet nicht, ob die Gebühren und Auslagen durch die Klage oder durch die Widerklage, durch Anträge des Klägers oder Anträge des Beklagten entstanden sind. Nur bezüglich der Auslagen, für welche der Gegner in Gemäßheit des § 84 Vorschuß zu leisten verpflichtet war, wird im zweiten Satze des § 89 die Ausnahme gemacht, daß diese Auslagen vom Gegner zu erheben sind. Diese Ausnahme bestätigt die vorerwähnte weitergehende Bedeutung der im ersten Satze des § 89 enthaltenen Vorschrift.

Der angefochtene Beschluß will eine einschränkende Auslegung dieser Vorschrift daraus entnehmen, daß nach § 89 derjenige Schuldner

sei, welcher das Verfahren der Instanz beantragt habe; denn die Ausdrucksweise „das Verfahren der Instanz" sei im Sinne des Gesetzes, wie sich deutlich aus § 94 Ziff. 2 ergebe, nicht schlechtweg gleichbedeutend mit dem gesamten Verfahren der betreffenden Instanz, sondern müsse dahin einschränkend ausgelegt werden, daß damit das von der Partei beantragte Verfahren, also nicht auch das von der Gegenpartei selbständig beantragte Verfahren, wie z. B. der Widerklage, gemeint sei; letztere gehöre nicht zur notwendigen Verteidigung des Beklagten, sondern werde von ihm nach seinem freien Willensentschlusse selbständig erhoben.

Vgl. auch Beschluß des Oberlandesgerichts Dresden II. Civilsenat vom 24. April 1900 (Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Mugdan u. Falkmann Bd. 3 S. 162—165, und Beschluß des Oberlandesgerichts Dresden V. Civilsenat vom 4. Dezember 1897 (Deutsche Juristenzeitung 1898 S. 435—436).

Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden. Das Gerichtskostengesetz versteht überall, wo nicht bestimmte Ausnahmen getroffen sind, in Übereinstimmung mit der Civilprozeßordnung unter Instanz die Gesamtheit der Verhandlung des Rechtsstreits vor dem Gerichte einer bestimmten im Rechtsmittelzuge vorgesehenen Ordnung.

Vgl. Gerichtskostengesetz §§ 4. 12 Abs. 2. 16. 24 Abs. 2. 28. 30. 31. 45. 47 Abs. 3. 49 u. a.; Motive zu §§ 23—28 des Entwurfs S. 54—56.

Hieraus folgt, daß der Antragsteller der Instanz Antragsteller hinsichtlich des gesamten Verfahrens der Instanz ist, und daß unter demjenigen, „welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat, (§ 89)" nichts anderes als der Antragsteller der Instanz zu verstehen ist. Durch die Erhebung einer Widerklage wird eine neue Instanz nicht eröffnet.

Der Versuch, die Worte „das Verfahren der Instanz" in der engeren Bedeutung eines Verfahrens über den gestellten Antrag (der Klage oder der Widerklage) aufzufassen, geht hiernach fehl. Dieser Versuch scheitert aber auch an der Erwägung, daß nach den Vorschriften der Civilprozeßordnung, soweit nicht eine getrennte Verhandlung gemäß §§ 145. 146 C.P.O. angeordnet worden ist, ein abgesondertes Verfahren über die Klage und die Widerklage nicht statt-

findet, das Verfahren vielmehr ein einheitliches ist, und daß nach dem Gebührensystem des Gerichtskostengesetzes die Gebühren nicht für die einzelne gerichtliche Handlung, sondern für die in einen und denselben Prozeßabschnitt fallenden Handlungen einheitlich als Verhandlungs-, Beweis-, Entscheidungsgebühr (§ 18 G.K.G.) zum Ansatz kommen, wobei nach § 11 G.K.G., soweit Klage und Widerklage denselben Streitgegenstand betreffen, die Gebühren nach dem einfachen Werte dieses Gegenstandes zu berechnen, soweit aber beide Klagen nicht denselben Streitgegenstand betreffen, die Gegenstände zusammenzurechnen sind.

Die Bestimmung des § 94 Ziff. 2 G.K.G. ist hier nicht anwendbar. Nach dieser Bestimmung kann in den Fällen einer Widerklage oder wechselseitig eingelegter Rechtsmittel jede Partei, wenn sie das von ihr beantragte Verfahren zurücknimmt, die getrennte Berechnung der Gebühren und Auslagen für dasselbe und die Zurückzahlung des von ihr gezahlten, nicht verbrauchten Vorschusses fordern. Diese für den Fall der Zurücknahme des beantragten Verfahrens gegebene Vorschrift kann auf andere Fälle nicht ausgedehnt werden; auch ist es nicht zulässig, daraus, daß im § 94 Ziff. 2 unter dem von der Partei beantragten Verfahren im Falle einer Widerklage einerseits das vom Kläger über die Klage, andererseits das vom Widerkläger über die Widerklage beantragte Verfahren verstanden wird, in den § 89 G.K.G. die Unterscheidung hineinzutragen, daß unter demjenigen, „welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat", in den Fällen einer Widerklage der Kläger in Ansehung des Verfahrens über den Klagantrag und der Widerkläger in Ansehung des Verfahrens über die Widerklage zu verstehen sei. Die Vorschrift des § 94 Ziff. 2 ist eine Ausnahmevorschrift, welche im Zusammenhange steht mit den Bestimmungen in § 93 G.K.G., nach denen eine Partei auch gegen den Willen der Gegenpartei die Zurückzahlung des noch nicht verbrauchten Vorschusses durch Zurücknahme des von ihr beantragten Verfahrens erlangen kann. Die Vorschrift des § 94 Ziff. 2 wahrt dieses Recht auch für den Fall der Widerklage oder wechselseitig eingelegter Rechtsmittel. Dann ist aber durch die Natur der Sache die Zusammenrechnung der Gegenstände beider Klagen bei Ermittelung des noch nicht verbrauchten Teils des Vorschusses ausgeschlossen.

Vgl. Motive zu § 86 Nr. 2 des Entwurfs zum Gerichtskostengesetz S. 106.

Es erscheint ferner nicht zutreffend, daß der angefochtene Beschluß auf den § 81 Abs. 2 G.K.G. als analoge Bestimmung Bezug nimmt.

Der § 81 schreibt vor:

„In bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten ist ein Gebührenvorschuß für jede Instanz von dem Antragsteller zu zahlen. Der Vorschuß beträgt soviel wie die höchste Gebühr, welche für einen Akt der Instanz zum Ansatze kommen kann.

Diese Verpflichtung besteht auch für den Widerkläger und im Falle wechselseitig eingelegter Rechtsmittel für jede Partei, in beiden Fällen unter getrennter Berechnung der Streitgegenstände."

Diese Vorschriften beruhen auf der Erwägung, daß bei der Widerklage und bei wechselseitig eingelegten Rechtsmitteln zur Feststellung des Vorschußbetrags von der sonst stattfindenden gemeinsamen Berechnung der Streitgegenstände Abstand zu nehmen sei, weil die Anträge nicht gleichzeitig gestellt werden, und falls eine Partei das von ihr beantragte Verfahren zurücknimmt, die gemeinsame Berechnung ein kompliziertes Hin- und Herrechnen der Vorschüsse zur Folge haben würde.

Vgl. Motive zu § 73 des Entwurfs des Gerichtskostengesetzes S. 103. Es handelt sich also auch hier um eine Ausnahme; der § 81 schreibt die Verpflichtung zur Vorschußleistung für den Widerkläger und die getrennte Berechnung der Streitgegenstände ausdrücklich vor.

Findet hiernach eine getrennte Berechnung der Gebühren nach dem Gegenstande der Klage und der Widerklage im Falle des § 89 nicht statt, so könnte vom Standpunkte der angefochtenen Entscheidung aus nur noch in Frage kommen, ob eine Verteilung der nach dem Gesamtobjekte der Klage und Widerklage zu berechnenden Gebühren auf den Kläger und den Beklagten nach dem Verhältnisse des Gegenstandes der Widerklage zulässig wäre. In dieser Weise ist in der auf Grund des angefochtenen Beschlusses abgeänderten Kostenrechnung verfahren worden. Allein eine solche Kostenverteilung ist im Gesetze nicht vorgesehen und mit der Vorschrift des § 89 unvereinbar.

Hiernach erweist sich die dem angefochtenen Beschlusse zu grunde liegende Auslegung des § 89 als unhaltbar.

Auch die Motive zum 6. Abschnitte des Entwurfs (S. 98—100) sprechen nicht für, sondern gegen diese Auslegung; sie führen aus: Im allgemeinen sei der Antragsteller derjenige, welcher die richterliche

Tätigkeit veranlaßt habe; demgemäß würde er allein der Besteuerung zu unterwerfen, d. h. als kostenpflichtig gegenüber der Staatskasse anzusehen sein; zwar trete auch der Beklagte als aktiver Teil hervor, und äußerlich erschienen bald in größerem, bald in geringerem Umfange beide Parteien als Antragsteller, indessen würde es ohne erschöpfendes Eingehen auf den Rechtsstreit kaum durchführbar sein, die richtigen Grenzlinien aufzufinden, innerhalb deren die eine oder die andere Partei als der dem Staate verhaftete Antragsteller zu behandeln wäre; das Gebührensystem des Entwurfs erhöhe die Schwierigkeit, die richtigen Anteile zu ermitteln, zu welchen die Verhandlungs-, die Beweis- und die Entscheidungsgebühr nach diesem Gesichtspunkte verteilt werden müßten. Auch werde nicht außer Betracht bleiben dürfen, daß der Beklagte meist nur unfreiwillig durch die ihm aufgezwungene Rechtsverteidigung in die Stellung eines betreibenden Teils gedrängt werde; eine Heranziehung des Beklagten zu den Gebühren als betreibenden Teils würde also oft zu Unbilligkeiten führen und stets die Handhabung des Kostengesetzes erheblich erschweren.

Das Ergebnis ist also, daß von einer Heranziehung des Beklagten abzusehen und der Kläger als Antragsteller der Instanz in Betracht zu ziehen sei. Jedoch wird, wie im weiteren ausgeführt ist, der Erwägung, daß nicht der Antragsteller allein, sondern auch der Beklagte als aktiver Teil auftritt, insofern Rechnung getragen, als der Grundsatz der Besteuerung des Antragstellers auf die Frage, wer schließlich die Kosten schulde, nicht in erster Linie angewendet wird, vielmehr in erster Linie diejenige Feststellung, welche unter den Parteien über ihre Kostenpflicht durch richterliche Entscheidung oder durch eine dem Gerichte gegenüber getroffene Übereinkunft ergeht, auch für die schließliche Kostenpflicht im Verhältnisse zur Staatskasse maßgebend sein soll (§ 78 des Entwurfes; § 86 G.K.G.). Ermangelt es aber an einer solchen Feststellung, so verbleibt der Entwurf auf dem zuerst entwickelten Rechtsstandpunkte, wonach derjenige, welcher das Verfahren der Instanz beantragt hat, Schuldner der Staatskasse für die entstandenen Gebühren und Auslagen ist.

Entwurf § 81. 78 Abs. 2; Gerichtskostengesetz § 89. 86 Abs. 2.

Hiernach ist es unrichtig, wenn der Beschluß des Oberlandesgerichts zu Dresden vom 24. April 1900 die Motive dahin auffaßt,

daß der § 89 G.K.G. unter der Person, die das Verfahren beantragt hat, nicht schlechthin denjenigen verstehe, der durch seinen Antrag, das gesamte im Sinne des Gerichtskostengesetzes zur Instanz gehörige Verfahren als Ganzes veranlaßt habe, diese Person vielmehr nach der Stellung bestimmt werden solle, welche die Parteien zu den einzelnen zur Instanz gehörigen Prozeßhandlungen einnehmen.

Unerheblich ist deshalb auch die Erwägung des angefochtenen Beschlusses, daß die Widerklage nicht zur notwendigen Verteidigung gehöre und vom Kläger nicht veranlaßt sei. Hierauf kann es nach dem dargelegten Inhalte des § 89 nicht ankommen." ...

---

54. Geht im Falle der Ausstellung eines dem ganzen Inhalt des § 2 des Bankdepotgesetzes vom 5. Juli 1896 entsprechenden Ermächtigungsscheins bei Hinterlegung oder Verpfändung von Wertpapieren das Eigentum an diesen Papieren ohne weiteres auf den Verwahrer oder Pfandgläubiger über, oder bedarf es noch eines Aneignungsaktes seitens des letzteren?

II. Civilsenat. Urt. v. 26. September 1902 i. S. K. (Bekl.) w. Nachlaßkonkurs F. (Kl.). Rep. II. 232/02.

I. Landgericht Braunschweig.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Über den Nachlaß des Bankiers F. in Bl., bei Lebzeiten alleinigen Inhabers der Firma Konrad T. daselbst, wurde am 3. Dezember 1900 das Konkursverfahren eröffnet. Der Beklagte, Rentner K. zu Bl., welcher mit der genannten Firma in laufender Geschäftsverbindung stand, nahm am 19. Juni 1900 bei dieser ein Darlehn von 8000 ℳ gegen Verpfändung von Wertpapieren zum Nennbetrage von 10000 ℳ auf und stellte gleichzeitig einen Ermächtigungsschein gemäß § 2 des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896 aus. Die Firma Konrad T. nahm demnächst ihrerseits bei der Leihhausanstalt in Bl. zwei Darlehne von 7000 und 7700 ℳ auf und verpfändete zu deren Sicherheit mehrere der ihr vom Beklagten zum Pfand bestellten Wertpapiere weiter.

Nach Ausbruch des Konkurses entstand zwischen dem Konkursverwalter und dem Beklagten K. Streit über das Eigentum an diesen bei der Leihhausverwaltung liegenden, von dem Beklagten herrührenden Papieren. Der Konkursverwalter behauptete insbesondere, durch die Ausstellung des Ermächtigungsscheins bei der Verpfändung sei das Eigentum an den Papieren sofort auf die Bankfirma Konrad T. übergegangen. In dem dieserhalb entstandenen Rechtsstreit trat das Oberlandesgericht dieser rechtlichen Annahme des Konkursverwalters bei.

Auf Revision des Beklagten wurde indessen das Urteil des Oberlandesgerichts aufgehoben.

Aus den Gründen:

„Die Entscheidung des Oberlandesgerichts, durch welche festgestellt wird, daß dem Beklagten an den, den Gegenstand des Rechtsstreits bildenden, von ihm am 19. Juni 1900 der nunmehr in Konkurs befindlichen Firma Konrad T. für ein Darlehn von 8000 ℳ als Pfand übergebenen und von dem Inhaber dieser Firma, dem Bankier F., im November 1900 der Herzoglichen Leihanstalt zu Bl. weiter verpfändeten Wertpapieren ein Aussonderungsrecht in dem erwähnten klägerischen Konkurse nicht zustehe, beruht auf der rechtlichen Annahme, daß, wenn der Hinterleger oder Verpfänder von Wertpapieren bei der Hinterlegung bezw. Verpfändung dem Empfänger eine dem ganzen Inhalt des § 2 des Gesetzes, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896 entsprechende schriftliche Ermächtigung erteilt, die Papiere gegeben und genommen seien mit dem übereinstimmenden Willen sofortigen Eigentumsüberganges, und daß daher, ohne daß es einer Entscheidung der Frage bedürfe, ob nicht jedenfalls in der Weiterverpfändung auf Grund der Ermächtigung seitens des F. ein den Eigentumsübergang bewirkender Aneignungsakt zu finden sei, schon aus diesem Grunde zur Zeit der Konkurseröffnung nicht der Beklagte, sondern die Konkursmasse Eigentümerin der streitigen Papiere gewesen sei. Die Aufstellung des Klägers und Revisionsbeklagten, jene Annahme beruhe nicht sowohl auf der rechtlichen Beurteilung der Tragweite einer nach § 2 a. a. O. erteilten Ermächtigung, als vielmehr auf der tatsächlichen Feststellung des auf Übertragung und Erwerbung des Eigentums der Papiere bei deren Übergabe gerichteten Willens der Kontrahenten im vorliegenden konkreten Falle und mit Rücksicht auf

vorliegende konkrete Umstände, ist, wie der Inhalt der Entscheidungsgründe ergibt, nicht zutreffend.

Als allgemeiner Rechtssatz kann aber jene Annahme als richtig nicht anerkannt werden, und es beruht daher die vorliegende Begründung der Entscheidung des Oberlandesgerichts auf einem Rechtsirrtum, der zur Aufhebung des angefochtenen Urteils führen muß.

Das Bankdepotgesetz und namentlich der § 2 hat nicht den Zweck, Bestimmungen bezüglich der Frage des Eigentumsübergangs hinterlegter oder verpfändeter Wertpapiere zu treffen, und hat solche nicht getroffen. Die rechtlichen Folgen einer gemäß § 2 erteilten Ermächtigung sind nach deren Inhalt gemäß den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts zu bestimmen.

Der Zweck der fraglichen, im Interesse des Hinterlegers bezw. Verpfänders gegebenen Vorschrift geht vor allem dahin, das Verfügungsrecht des Bankiers an die Voraussetzung einer ausdrücklichen und schriftlichen Ermächtigung seitens des Hinterlegers oder Verpfänders zu knüpfen und damit der im Geschäftsleben vielfach verbreiteten Auffassung zu begegnen, daß der Bankier zur Verfügung schon dann berechtigt sei, falls und solange er in der Lage sei, andere gleichartige Papiere zurückzugewähren.

Anderseits geht eine solche, an sich nur die Berechtigung zur Rückerstattung anderer Papiere bezw. die Verfügungsberechtigung ergebende Ermächtigung nicht weiter, als ihr bezeichneter Inhalt besagt. Insbesondere ist es nicht richtig, wenn für die gegenteilige, vom Oberlandesgericht gebilligte Ansicht, daß dieselbe den sofortigen Eigentumsübergang bewirke, angeführt wird, infolge der Ermächtigung habe der Hinterleger oder Verpfänder nur noch einen persönlichen Anspruch auf Rückgewähr einer gleichen Quantität von Wertpapieren gleicher Qualität. Richtig ist nur, daß der Verwahrer berechtigt ist, seiner Verpflichtung zur Rückgewähr der ihm übergebenen bestimmten Papiere sich dadurch zu entledigen, daß er dem Deponenten andere gleichartige Papiere übergibt, sonach auf seiner Seite eine alternative Verpflichtung besteht. Daraus folgt, daß er zwar ohne weiteres über die Papiere verfügen darf, daß aber, wenn und solange er das nicht tut, an sich das Eigentum der Papiere bei dem Hinterleger bezw. Verpfänder verbleibt. In einem solchen Falle ist also für den Übergang des Eigentums weiter ein auf Grund der Ermächtigung erfolgender

Aneignungsakt erforderlich, der regelmäßig jedenfalls in der endgültigen Verfügung über die Papiere oder auch in der unterschiedlosen, mit der Absicht des Eigenerwerbs verknüpften Vermengung mit anderen Wertpapieren (Sammeldepots) zu finden sein wird.

Dieser rechtlichen Auffassung des § 2 Abs. 1 a. a. O. steht auch nicht, wie insbesondere der Revisionsbeklagte geltend macht, der Umstand entgegen, daß in jener Gesetzesstelle die Nichtanwendbarkeit der Bestimmungen des § 1 nur für den Fall der Ermächtigung, andere Papiere zurückzugewähren, nicht auch, wie dieses in dem Regierungsentwurfe der Fall war, ganz allgemein, also auch für den Fall der Ermächtigung, über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, ausgesprochen worden ist. Insbesondere ist es nicht zulässig, danach, wenn auch nicht für den letzteren, so doch jedenfalls für den ersteren Fall, und damit auch für den Fall der auf den ganzen Inhalt des Absatz 1 sich beziehenden Ermächtigung den sofortigen Eigentumsübergang als aus dem Gesetze sich ergebend anzunehmen. Die Ermächtigung, über die Papiere zu seinem Nutzen zu verfügen, ist offenbar weitergehend als die, gleichartige zurückzuerstatten, und es kann daher aus dem Umstande, daß im Absatz 2 die erstere Ermächtigung nicht erwähnt ist, nicht gefolgert werden, daß für diesen Fall die Beobachtung der im § 1 gegebenen Vorschriften aufrechterhalten werden sollte; im Gegenteil ist anzunehmen, daß für diesen Fall die Nichtanwendbarkeit des § 1 nicht ausgesprochen ist, weil angenommen wurde, daß dieselbe sich aus der Sachlage selbst ergebe. Hierfür spricht insbesondere auch der Kommissionsbericht zu § 2 Seite 3 und 4. Danach ist das erwähnte Moment für die vorliegende Frage nicht von Bedeutung. Aus der Nichtanwendbarkeit der Vorschriften des § 1 kann für die Frage des Eigentumsübergangs im Falle der Ermächtigung nach § 2 Entscheidendes nicht hergeleitet werden.

Daß übrigens ein solches Rechtsverhältnis, wie es nach den vorstehenden Erörterungen anzunehmen ist, grundsätzlich auch der Auffassung der neuen bürgerlichen Gesetzgebung entspricht, ergibt der § 700 Abs. 1 Satz 2 B.G.B., wonach, wenn der Hinterleger dem Verwahrer gestattet, hinterlegte vertretbare Sachen zu verbrauchen, die Vorschriften über das Darlehn erst von dem Zeitpunkte an Anwendung finden, in welchem sich der Verwahrer die Sachen aneignet.

Auch in diesem Falle wird danach der Verwahrer nicht mit der Übergabe bezw. der Ermächtigung des Verbrauchs, sondern mit dem demnächsten Aneignungsakt Eigentümer.

Die Entscheidung in der Sache selbst hängt danach davon ab, ob ein solcher den Eigentumsübergang bewirkender Aneignungsakt in der Weiterverpfändung der in Frage stehenden Wertpapiere durch den Inhaber der Firma Konrad T. zu finden ist. Da für diese, vom Landgericht verneinte, Frage jedenfalls teilweise auch tatsächliche Umstände in Betracht zu ziehen sind, so mußte dieserhalb die Zurückverweisung an das Berufungsgericht zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung erfolgen." ...

---

55. Ist die „vollständige Entschädigung", welche der Bergwerksbesitzer für vorübergehende Abtretung verpachteter Grundstücke zu leisten hat, nach der Höhe des Pachtzinses zu bemessen?

Allg. Berggef. §§ 135. 137.

V. Civilsenat. Urt. v. 27. September 1902 i. S. Hospital C. A. u. Gen. (Bekl.) w. H. Gesellsch. (Kl.). Rep. V. 191/02.

I. Landgericht Halle a. S.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Die Beklagten mußten der Klägerin einen der Beklagten zu 1 gehörigen Ackerplan, den von ihr die Beklagte zu 2 bis zum 1. Oktober 1906 gepachtet hatte, zur Errichtung von Betriebsgebäuden zwangsweise abtreten. Die hierfür von der Klägerin zu zahlende Entschädigung wurde im Verwaltungswege auf insgesamt 804,55 ℳ für das Jahr festgesetzt und Klägerin für gehalten erklärt, diesen Betrag, und zwar bis zum Ablauf des Pachtvertrages der Beklagten zu 2, an diese zu zahlen. Der Klägerin war diese Entschädigung zu hoch; sie verlangte ihre Herabsetzung auf jährlich 293,85 ℳ. Der erste Richter setzte den Betrag auf jährlich 314,63 ℳ herab, bestimmte aber zugleich, daß diese Entschädigungssumme auch während der Dauer des

Pachtvertrages an die Beklagte zu 1 zu zahlen sei, und daß die Beklagte zu 2 auf eine von der Klägerin zu zahlende Entschädigung keinen Anspruch habe. Die weitergehenden Ansprüche der Klägerin wies er ab. Die Berufung der Beklagten zu 1 wurde zurückgewiesen, dieses Urteil ist aber auf ihre Revision aufgehoben worden.

Aus den Gründen:

. . . „Begründet dagegen ist die Revision der Beklagten zu 1. Ihr hat der Berufungsrichter — ebenso wie der erste Richter — nur denjenigen Betrag als Entschädigung zugesprochen, den sie erhalten haben würde, wenn es bei dem Pachtvertrage verblieben wäre. Hierdurch fühlt sie sich beschwert, und sie macht geltend, daß der Pachtzins nicht die „vollständige Entschädigung für die entzogene Nutzung" darstelle, auf die sie nach § 137 Abs. 1 Allg. Berggef. vom 24. Juni 1865 Anspruch habe. Denn sie sei jederzeit in der Lage gewesen, die jetzt aus der Pachtung ausgelösten Flächen zu verkaufen, und sie habe daher Anspruch darauf, daß ihr wenigstens so viel als Entschädigung zugesprochen werde, als sie nach landesüblichem Zinsfuß an Zinsen von einem angemessenen Kaufpreise erhalten haben würde. Dies sei, wie sich aus den Gutachten der Sachverständigen ergebe, mehr als der ihr zugesprochene Betrag; der Berufungsrichter habe es aber aus unzutreffenden Gründen abgelehnt, auf die Verkaufsmöglichkeit überhaupt Rücksicht zu nehmen. Die Beschwerde ist begründet. An sich steht bei verpachteten Grundstücken, welche für den Betrieb des Bergbaues vorübergehend in Anspruch genommen werden, die für die entzogene Nutzung nach § 137 a. a. O. zu leistende Entschädigung, solange der Pachtvertrag dauert, nicht dem Verpächter, sondern dem Pächter zu. Daß für letzteren die Höhe des Pachtzinses nicht entscheidend sein kann, liegt auf der Hand. Denn für ihn handelt es sich darum, wieviel er aus dem Grundstücke bei bester Ausnutzung seines Pachtrechts herauszuwirtschaften imstande war. Hat nun — wie im vorliegenden Falle — der Pächter sich vertragsmäßig dem Verpächter gegenüber verpflichtet, bei etwa eintretender Einziehung einer Teilfläche des verpachteten Grundstücks zu bergbaulichen Zwecken keinen Anspruch auf die Entschädigung zu erheben, sondern sich mit einer verhältnismäßigen Herabsetzung des Pachtzinses zu begnügen, so kann nicht der entschädigungsverpflichtete Bergwerksbesitzer den Vorteil aus dieser Vertragsfestsetzung ziehen. Für ihn bleibt als objektiver

Maßstab, auch wenn er mit Rücksicht auf eine solche Vereinbarung die Entschädigung an den Verpächter zu leisten hat, die bestmögliche Ausnutzung des Grundstücks nach Maßgabe derjenigen tatsächlichen Verhältnisse bestehen, wie sie zur Zeit der Einziehung bestanden haben oder als bald zu verwirklichende in Betracht zu ziehen waren. Mit der Höhe des Pachtzinses braucht sich der hiernach zu ermittelnde Betrag durchaus nicht zu decken, wie es ja auch möglich ist, daß der Pachtzins — z. B. bei Verträgen, die vor vielen Jahren geschlossen worden sind — als ein unangemessen niedriger befunden wird. Im vorliegenden Falle aber kommt hinzu, daß die Beklagte zu 1, wie sie mit Recht hervorhebt, nach dem Pachtvertrage jederzeit in der Lage war, die verpachteten Äcker oder Teile derselben auch während der Dauer der Pachtzeit zu veräußern. Die Befugnis hierzu gibt ihr § 12 des Pachtvertrages ausdrücklich und auch hier wieder mit der Maßgabe, daß die Pächterin nur eine verhältnismäßige Reduktion des Pachtgeldes verlangen darf. Die Erwägung aber, aus welcher der Berufungsrichter zu dem Schlusse gelangt, daß die Beklagte zu 1 einen Verkauf der Ländereien nicht in den Kreis ihrer Erwägungen gezogen habe, trifft nicht zu. Die Beklagte zu 1 macht mit Recht geltend, daß sie habe annehmen dürfen, eine angemessene, d. h. eine dem Verkaufswerte entsprechende, Entschädigung zu erhalten, wie ja auch in der Tat die Entschädigungssumme von den Verwaltungsbehörden auf 804,55 ℳ festgesetzt worden sei. Für sie habe daher damals keine Veranlassung vorgelegen, Anträge auf Übernahme der betreffenden Parzellen in das Eigentum der Bergwerksgesellschaft zu stellen, und es sei daher nicht richtig, wenn der Berufungsrichter daraus, daß sie dies im Verwaltungsverfahren unterlassen habe, den Schluß ziehe, daß sie gar nicht gewillt gewesen sei, auf einen Verkauf der Ländereien einzugehen. Die Richtigkeit dieser Entgegnung muß man zugeben, und damit entfällt der Grund, aus welchem der Berufungsrichter es abgelehnt hat, den Verkaufswert der entzogenen Parzellen der Bemessung der Entschädigungssumme zu grunde zu legen." . . .

56. 1. Erleidet die in den Eingangsworten der Ziff. 1 des Art. 6 des Gesetzes, betr. die Abänderung der Gewerbeordnung, vom 26. Juli 1897 getroffene Bestimmung, laut deren auf bestehende Innungen die Vorschriften des Gesetzes Anwendung finden, durch die weiter unter Ziff. 1 und die unter Ziff. 3 des Art. 6 über die Umgestaltung der Verfassung der Innungen und über die Änderung der Statuten der Innungskrankenkassen gegebenen Vorschriften eine zeitliche Einschränkung?

2. Rechtliche Stellung und Verantwortlichkeit der zur Abwicklung der Geschäfte der Krankenkasse einer aufgelösten Innung bestellten Liquidatoren.

VII. Civilsenat. Urt. v. 30. September 1902 i. S. T. u. Gen. (Bekl.) w. Ortskrankenkasse für Maurer und Steinhauer in B. (Kl.). Rep. VII. 192/02.

I. Landgericht Bielefeld.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Maurer- und Steinhauerinnung zu B. errichtete durch Nebenstatut vom 1. Oktober 1892 eine Innungskrankenkasse. Im § 58 des Statutes war bestimmt, daß durch Innungsbeschluß die Kasse aufgelöst werden könne, sowie daß der Beschluß der Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedürfe, ferner daß außerdem die Auflösung der Kasse gleichzeitig mit einer Auflösung oder Schließung der Innung erfolge, und endlich, daß das Kassenvermögen dann zunächst zur Berichtigung der Schulden und zur Erfüllung sonstiger Verbindlichkeiten der Kasse verwendet, der Rest dem Vermögen der Innung zugeführt werde oder bei deren gleichzeitiger Auflösung oder Schließung nach § 70 des Innungsstatuts zur Verwendung gelange.

Am 15. Dezember 1898 beschloß die Innung die Auflösung der Kasse mit Ende des Jahres. Eine Genehmigung des Beschlusses seitens der Aufsichtsbehörde erfolgte nicht. Am 26. Januar 1899 wurde die Auflösung der Innung selbst beschlossen. Dieser Beschluß wurde durch Verfügung des Bezirksausschusses vom 19. April 1899 genehmigt. Der Regierungspräsident bestimmte dann durch Verfügung vom 3. des folgenden Monats mit Bezug auf § 90 des Gesetzes über die Abänderung der Gewerbeordnung vom 26. Juli 1897, § 47 des Krankerversicherungsgesetzes und Nr. 43 der Ausführungs-

anweisung zum letztgenannten Gesetze, daß die Krankenkasse zum 15. Mai des Jahres ihr Ende erreiche. An diese Bestimmung schlossen sich dann noch folgende Sätze:

„Zu diesem Zeitpunkte werden alle versicherungspflichtigen Personen, die der Kasse angehören, der Maurer- und Steinhauer-Ortskrankenkasse überwiesen. Soweit das vorhandene Vermögen der Innungskrankenkasse nicht zur Berichtigung der etwa vorhandenen Schulden und zur Deckung der vor der Auflösung bereits entstandenen Unterstützungsansprüche zu verwenden ist, fällt es der genannten Ortskrankenkasse zu."

Der Minister für Handel und Gewerbe hob durch Erlaß vom 23. Mai 1900 auf Beschwerde der Innung die Verfügung des Regierungspräsidenten vom 3. Mai 1899 insoweit auf, als sie den Zeitpunkt der Auflösung der Kasse auf den 15. Mai 1899 festsetzte und die versicherungspflichtigen Mitglieder der Kasse mit diesem Zeitpunkte der Maurer- und Steinhauer-Ortskrankenkasse überwies — in letzterer Hinsicht mit der Begründung, daß die Mitglieder mit dem Augenblick der Auflösung der Kasse kraft Gesetzes Mitglieder der Ortskrankenkasse geworden seien —, wies die Beschwerde aber insoweit zurück, als sie sich gegen die Überweisung des Vermögens der Innungskrankenkasse an die Ortskrankenkasse richtete. Durch Verfügung vom 31. Mai 1900 ersuchte dann der Regierungspräsident den Magistrat, die Abwickelung der Vermögensregulierung zu übernehmen und namentlich dafür zu sorgen, daß das verbleibende Kassenvermögen der Innungskrankenkasse der Maurer- und Steinhauer-Ortskrankenkasse zugeführt werde. Der Magistrat gab von diesen Verfügungen dem Vorstande der Innung mit der Aufforderung Kenntnis, das der Kasse verbliebene Vermögen unverzüglich der Ortskrankenkasse für Maurer und Steinhauer zu übergeben. Von den Beklagten, den Liquidatoren der Innungskrankenkasse, wurde jedoch das Restvermögen in Höhe von 1541,85 ℳ mit Hinblick auf den § 58 des Kassenstatuts, und zwar ihrer Angabe nach schon vorher, unter die Innungsmitglieder verteilt, denen es nach § 70 des Innungsstatuts bei gleichzeitiger Auflösung der Kasse zufiel.

Klägerin machte in ihrer Klage die Beklagten persönlich verantwortlich, wogegen diese den § 90 Gew.O. in der Fassung des Gesetzes vom 26. Juli 1897 auf den vorliegenden Fall noch nicht

für anwendbar hielten, da nach der Verordnung vom 14. März 1898 das Gesetz vom 26. Juli 1897 erst mit dem 1. April 1898 in Kraft getreten, im Art. 6 Ziff. 1 des genannten Gesetzes den bestehenden Innungen aber für die Umgestaltung ihrer Verfassung eine Frist von einem Jahre gewährt und vor Ablauf derselben, also vor dem 1. April 1899, Krankenkasse und Innung aufgelöst seien. Daneben führten sie aus, ein Verstoß gegen das Gesetz würde ihnen als Verschulden nicht angerechnet werden können, da es sich um eine sehr zweifelhafte Rechtsfrage handele, deren Entscheidung ihnen als Laien nicht zuzumuten sei.

Die Beklagten wurden zur Erstattung verurteilt. Ihre Berufung hatte keinen Erfolg gehabt. Auch die Revision ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„In erster Linie handelt es sich um die Frage, ob der Art. 1 § 90 des Gesetzes, betreffend die Abänderung der Gewerbeordnung, vom 26. Juli 1897, sofern nach demselben auf die Innungskrankenkassen u. a. auch der § 47 Abs. 5 Satz 2 des Krankenversicherungsgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 10. April 1892 entsprechende Anwendung findet, schon den vorliegenden Fall beherrscht, oder ob durch die in den Übergangsbestimmungen des Gesetzes vom 26. Juli 1897 über die Umgestaltung der Verfassung der Innungen und die Änderung der Statuten der Innungskrankenkassen getroffenen Vorschriften ein anderes Ergebnis herbeigeführt wird. Vom Berufungsrichter ist die Frage im bejahenden Sinne entschieden. Die Revision erblickt hierin eine Gesetzesverletzung, der Vorwurf ist jedoch nicht gerechtfertigt.

Grundlegend für das Übergangsrecht ist die in den Eingangsworten der Ziff. 1 des Art. 6 des Gesetzes vom 26. Juli 1897 getroffene Bestimmung, laut deren auf bestehende Innungen die Vorschriften des Gesetzes Anwendung finden. Unter Ziff. 1 wird dann allerdings weiter bestimmt, daß die Innungen innerhalb eines Jahres nach dem Inkrafttreten der in den §§ 81—99 des Art. 1 vorgesehenen Bestimmungen ihre Verfassung diesen Vorschriften entsprechend umzugestalten, und unter Ziff. 3, daß die Innungskrankenkassen ihre Statuten innerhalb einer von der Aufsichtsbehörde zu bestimmenden Frist gemäß den Vorschriften des § 90 des Gesetzes zu ändern haben. Allein hierin liegt nicht eine Einschränkung des Prinzips, es darf

nicht gefolgert werden, daß, wenn in einem vorhandenen Innungs- oder Innungskrankenkassen-Statut eine Bestimmung über einen der jetzt durch das Gesetz unmittelbar geregelten Gegenstände getroffen ist, die Vorschrift des Gesetzes erst infolge einer derselben entsprechenden, durch Beschluß der Innung oder etwa zulässige Anordnung der Aufsichtsbehörde bewirkten Änderung der Statuten Wirksamkeit erlangen sollte.

Daß in den Übergangsbestimmungen Vorschriften über die Änderung der Statuten gegeben und für diese Fristen angeordnet sind, stellt sich als eine Notwendigkeit dar, weil ein Teil der im Gesetz getroffenen Bestimmungen und der durch dasselbe eingeführten Bestimmungen des Krankenversicherungsgesetzes sich gerade auf den Statuteninhalt bezog und insbesondere die Zusammensetzung und Befugnisse der Innungs- und Kassenorgane regelte, und zwar in der Weise, daß in gewissen Grenzen dem Willen der Innungen wiederum Spielraum gestattet wurde, also, wenn nicht etwa die Statuten einer Innung ganz gleiche Bestimmungen bereits enthielten, eine Änderung der Verfassung, die wiederum Zeit in Anspruch nahm, unumgänglich wurde. Namentlich gilt dies von den §§ 37 flg. des Krankenversicherungsgesetzes. War von diesen Gesichtspunkten aus mithin geboten, in den Übergangsvorschriften die Änderung der Statuten besonders vorzusehen, so kann der Umstand, daß sie angeordnet ist, nicht den Schluß rechtfertigen, daß der an die Spitze gestellte Grundsatz, nach welchem auf bestehende Innungen die Vorschriften des Gesetzes Anwendung finden, eine Einschränkung in der von den Beklagten gewollten Art hätte erleiden sollen, sondern die Bestimmung bezweckte lediglich einen Ausbau des Prinzips auf einem Gebiete, für welches die Bestimmung, daß auf bestehende Innungen die Vorschriften des Gesetzes anzuwenden sind, nicht ausreicht.

Über die Frage aber, hinsichtlich welcher Gegenstände eine Regelung durch Statut notwendig und zulässig ist, entscheiden die Bestimmungen des neuen Gesetzes selbst, also vornehmlich die §§ 83 flg. und die nach § 90 zur entsprechenden Anwendung zu bringenden Vorschriften des Krankenversicherungsgesetzes. Nach § 83 des Gesetzes vom 26. Juli 1897 tritt Regelung durch Statut nur ein, soweit das Gesetz Bestimmungen nicht trifft, sie ist also subsidiär; soweit das Gesetz Bestimmungen enthält, die sich nach Beschaffenheit ihres Inhalts zur

unmittelbaren Anwendung eignen, ohne eine weitere Ausführung durch Statut vorauszusetzen, entfällt die Zulässigkeit der statutarischen Regelung. Hier darf nun der Abs. 5 Satz 2 des § 47 des Krankenversicherungsgesetzes nicht außer Zusammenhang mit Abss. 3. 4 und 6 des § 47 ins Auge gefaßt werden. Wenn nach Abs. 3 die Schließung oder Auflösung einer Kasse durch Verfügung der höheren Verwaltungsbehörde erfolgt, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß diese Bestimmung ganz außerhalb des Kreises der durch Statut zu ordnenden Punkte liegt, gleichviel, welches der Inhalt des vorhandenen Statuts in dieser Richtung gewesen ist, daß sie also mit dem 1. April 1898 als dem Tage, an welchem nach der Verordnung vom 14. März 1898 die §§ 81—102. 104—104 n des Art. 1, die §§ 126—128 des Art. 2 und die darauf bezüglichen Bestimmungen der Artt. 3—7 des Gesetzes vom 26. Juli 1897 in Kraft getreten sind, Wirksamkeit erlangte. Das Gleiche gilt von dem Abs. 4 des § 47, welcher über die Überweisung der versicherungspflichtigen Personen an andere Kassen Bestimmung trifft, auch hier handelt es sich um einen Gegenstand, den das Gesetz unmittelbar ordnen konnte und wollte, ohne statutarischer Bestimmung etwas übrig zu lassen. In dem hier direkt interessierenden Abs. 5 ist dann bestimmt, daß das etwa vorhandene Vermögen der Kasse in dem im Abs. 4 bezeichneten Falle zunächst zur Berichtigung der etwa vorhandenen Schulden und zur Deckung der vor der Schließung oder Auflösung bereits entstandenen Unterstützungsansprüche zu verwenden ist und der Rest denjenigen Ortskrankenkassen, sowie der Gemeindekrankenversicherung zufällt, welchen die der geschlossenen oder aufgelösten Kasse angehörenden Personen überwiesen werden. Im Sinne des Krankenversicherungsgesetzes erhellt klar, daß hierdurch der Übergang des Vermögens der geschlossenen oder aufgelösten Kasse im Zusammenhange mit der Überweisung der Mitglieder eine gesetzliche Regelung gefunden hat, die völlig abgeschlossen ist und einer weiteren Ausgestaltung nicht bedurfte. So wie aber die Bestimmung des Krankenversicherungsgesetzes lautet, soll sie nach dem Gesetz vom 26. Juli 1897 auf die Innungskrankenkassen entsprechend angewendet werden, und es fehlt an Anhalt für die Annahme, daß, wenn in einem bestehenden Statut eine andere Bestimmung, sei es in Übereinstimmung, sei es im Widerspruch mit dem früheren Rechte, getroffen ist, nunmehr die neue Ordnung nicht unmittelbar durch das

Gesetz erfolgte, sondern nur im Wege der Änderung des Statuts einzuführen wäre. Im Abs. 6 des § 47 des Krankenversicherungsgesetzes ist dann weiter bestimmt, daß über die Zuweisung der versicherungspflichtigen Personen, sowie über die Verteilung oder Verwendung des Restvermögens von der höheren Verwaltungsbehörde Verfügung getroffen wird, die Beklagten selbst bezweifeln aber nicht, daß diese Bestimmung unabhängig von jedem Inhalt des Statuts sofort in Kraft getreten ist.

Die Revision glaubt, in der Entstehungsgeschichte des Gesetzes eine Stütze für ihre Auffassung finden zu können, indem sie bemerkt, in den Motiven des Gesetzes deute nichts darauf hin, daß die Absicht dahin gerichtet gewesen wäre, das Vermögen bestehender Innungskrankenkassen den Ortskrankenkassen zuzuführen, der ursprüngliche Gesetzesentwurf habe in § 90 die Bestimmung, daß § 47 Abs. 5 des Krankenversicherungsgesetzes Anwendung finden solle, noch gar nicht enthalten, dieselbe sei vielmehr erst durch Beschluß der Reichstagskommission aufgenommen, und zwar deshalb, weil die Kommission Bedenken gehabt, ob nicht durch Gleichgültigkeit der Innungsmitglieder und deren Passivität bei den Wahlen schließlich die statutenmäßigen Organe der Kasse fehlen könnten. Diese Ausführungen gehen fehl. Einer besonderen Bestätigung des gesetzgeberischen Willens, den das Gesetz genügend klar ergibt, bedurfte es in den Motiven nicht. Daß aber der Entwurf des Gesetzes in seinem § 90 den Abs. 5 des § 47 des Krankenversicherungsgesetzes noch nicht enthalten hätte, beruht auf einem Irrtum, er war dort schon in Bezug genommen (Entwurf S. 6), dagegen fehlte und ist erst später aufgenommen der Abs. 5 des § 45, nach welchem, solange der Vorstand oder die Generalversammlung nicht zustande kommt, oder die Organe der Kasse die Erfüllung ihrer gesetzlichen oder statutenmäßigen Obliegenheiten verweigern, die Aufsichtsbehörde die Befugnisse und Obliegenheiten der Kassenorgane selbst oder durch von ihr zu bestellende Vertreter auf Kosten der Staatskasse wahrnehmen kann; nur auf diese Bestimmung beziehen sich die von der Revision erwähnten Erörterungen der Reichstagskommission (Kommissionsbericht S. 12. 59).

Die Vereinigung des Vermögens der Innungskrankenkasse mit dem der Innung und die Verteilung desselben unter die Innungsmitglieder verstößt mithin gegen das Gesetz. Als verantwortlich be-

trachtet der Berufungsrichter die Beklagten, indem er ausführt, dieselben seien als Liquidatoren der Klägerin gegenüber unmittelbar und als Gesamtschuldner haftbar, und zwar einerlei, ob die Verteilung vor oder nach dem 1. Januar 1900 erfolgt sei, ob also die §§ 10. 29. 32 A.L.R. I. 6 oder die §§ 276. 823. 830 B.G.B. Anwendung finden. Den von den Beklagten behaupteten Rechtsirrtum hält der Berufungsrichter nicht für geeignet, dieselben zu entschuldigen. Die Revision führt jetzt aus, das von den Beklagten eingehaltene Verfahren entspreche einem die Verwendung der Gelder genau vorschreibenden Beschlusse der Innungsversammlung, als der Mandantin der Beklagten, mithin würde, sofern ein civilrechtliches Delikt konstruiert werden könnte, dieses nur in dem Beschlusse der Innungsversammlung liegen.

Die Beklagten können aber ihre Verantwortlichkeit nicht mit Grund ablehnen. Ob die Vorschrift, nach welcher der Rest des Vermögens der geschlossenen oder aufgelösten Kasse einer anderen Kasse zufällt, den Übergang der einzelnen das Vermögen bildenden Sachen oder Rechte durch sich selbst zur Folge hat, oder ob es zu dem Ende noch der Vornahme rechtsgeschäftlicher Akte bedarf, wie sie nach der Natur der einzelnen Vermögensobjekte für ihre privatrechtliche Übertragung erforderlich sind, kann auf sich beruhen bleiben, da auch, falls letzteres anzunehmen, die Innung also die Trägerin der Rechte bleiben würde, sie doch nicht mehr in erster Linie an dem Vermögen interessiert sein, sondern das Interesse der Kasse, welcher das Vermögen zufällt, überwiegen würde. Dieses Interesse hat seine Grundlage im Gesetz und ist rechtlicher Art. Wenn nun weiter dem Gesetze entsprechend Organe zu berufen sind, denen es obliegt, unter Aufsicht der Aufsichtsbehörde (vgl. §§ 96. 98 des Gesetzes vom 26. Juli 1897) die Liquidation zu bewirken und den Übergang des Restvermögens in Ausführung zu bringen, so stehen diese nicht lediglich in rechtlichen Beziehungen zu der Innung, sondern ihre Pflichten haben nach Maßgabe des Zwecks ihrer Anordnung und des öffentlichrechtlichen Charakters derselben eine weitergehende Richtung und bestehen vor allem gegenüber der Kasse, welcher das Vermögen zufällt. Nichts nötigt zu der Annahme, daß diese letztere ausschließlich Ansprüche an die bisherige Trägerin des Vermögens hätte und nur diese ihrerseits sich gegebenenfalls an die Liquidatoren halten könnte, vielmehr bringt deren Stellung

es mit sich, daß sie das Interesse der Kasse, welcher die versicherten Personen überwiesen werden, gerade auch gegenüber der aufgelösten zu wahren haben. Unzutreffend ist deshalb die Annahme der Revision, daß die Liquidatoren durch einen Beschluß der Generalversammlung der Innung in Bezug auf die Verwendung des Vermögens, wenn diese mit den gesetzlichen Bestimmungen nicht in Einklang, dennoch gebunden und gegen Verantwortlichkeit gesichert seien, sie sind vielmehr in diesem Bereiche unabhängig von dem Willen der Innung und haben das in ihrem Gewahrsam befindliche Vermögen dem Gesetze gemäß zu verwenden. Ist infolge einer ihnen zur Last fallenden Gesetzesverletzung die Ortskrankenkasse also benachteiligt, so sind sie ihr ersatzpflichtig; die Ersatzpflicht ist privatrechtlicher Art und kann im Rechtswege verfolgt werden. Es bedarf keines Eingehens auf die Frage, ob die vom Berufungsrichter herangezogenen §§ 10. 29. 32 A.L.R. I. 6 und §§ 276. 823. 830 B.G.B. auf den vorliegenden Fall Anwendung leiden oder nicht. Mit Recht nimmt der Berufungsrichter an, daß Rechtsirrtum die Beklagten nicht zu entlasten vermag."

---

57. Welche Wirkung hat gegenüber einem rechtskräftig gewordenen Urteil, durch das jemandem als Cessionar ein Teil einer Forderung zuerkannt worden war, ein späteres ebenfalls rechtskräftig gewordenes Urteil, durch das dem Cedenten die ganze Forderung abgesprochen wurde, wenn der Cessionar das frühere Urteil nur als Inkassomandatar des Cedenten erwirkt hatte?

I. Civilsenat. Urt. v. 1. Oktober 1902 i. S. Landwirtschaftliches Bankinstitut A. W. in Berlin und dessen Inhaber (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. I. 130/02.

I. Landgericht I Berlin, Kammer für Handelssachen.
II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger war in den Jahren 1875 bis 1883 in dem Viehkommissionsgeschäft von Z. & J. in Berlin als Verkäufer und Kassierer tätig. Da er in dieser Stellung verbotswidrig Verkäufe von Vieh an

nicht zahlungsfähige Schlächter geschlossen haben sollte, schrieb sich die Firma Z. & J. eine Schadensersatzforderung von 7662 ℳ gegen den Kläger zu und trat von dieser Forderung durch Cessionsurkunde vom 21. Mai 1884 den Teilbetrag von 3000 ℳ an das Bankinstitut A. W. ohne Gewährleistung ab. Das Bankinstitut A. W. erwirkte hierauf am 11. Juli 1884 ein Versäumnisurteil gegen den Kläger auf 3000 ℳ nebst Zinsen seit dem 14. November 1883 und die Kosten, welches rechtskräftig wurde. Die Kosten wurden durch Beschluß vom 19. September 1884 festgesetzt.

Als im Jahre 1887 die Firma Z. & J. selbst von der Schadensersatzforderung, die sie sich gegen den Kläger zuschrieb, 1000 ℳ einklagte, bestritt dieser die Berechtigung der ganzen Forderung, beantragte die Abweisung der Klage und erhob Widerklage auf Feststellung, daß der Firma Z. & J. eine Forderung von 7662 ℳ an ihn nicht zustehe. Der Cession eines Teils der Forderung an das Bankinstitut A. W. wurde in diesem Rechtsstreit keine Erwähnung getan. Durch rechtskräftig gewordenes Urteil vom 14. Mai 1890 wurde die Firma Z. & J. mit der erhobenen Klage abgewiesen und auf die Widerklage hin verurteilt, anzuerkennen, daß ihr eine Forderung von 7662 ℳ gegen den Beklagten (den jetzigen Kläger) für verbotswidrig an insolvente Fleischer verkauftes Vieh nicht zustehe. Im Jahre 1899 und 1900 ließ das Bankinstitut A. W. auf Grund des Kostenfestsetzungsbeschlusses vom 19. September 1884 gegen ihn die Zwangsvollstreckung vornehmen. Er erhob deshalb gegen das Bankinstitut A. W. und dessen beide Inhaber auf Grund des § 767 C.P.O. Klage mit dem Antrage, festzustellen, daß den Beklagten ein Anspruch aus dem Urteile vom 11. Juli 1884 nicht mehr zustehe. Behauptet wurde vom Kläger, daß das Bankinstitut A. W. das Versäumnisurteil vom 11. Juli 1884 nur als Inkassomandatar von Z. & J. erwirkt habe.

Das Landgericht wies die Klage ab, wogegen das Kammergericht, nachdem die Beklagten die erwähnte Behauptung des Klägers zugestanden hatten und vom Kläger der Antrag der Klage dahin erläutert worden war, daß er nur die Feststellung begehre, daß den Beklagten aus dem Urteil vom 11. Juli 1884 ein Anspruch von 3000 ℳ nebst Zinsen nicht zustehe, diesem Antrage des Klägers gemäß erkannte.

Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen.

Gründe:

„Die Einwendung, welche der Kläger gegen die von den Beklagten aus dem Kostenfestsetzungsbeschluß vom 19. September 1884 versuchte Zwangsvollstreckung im Wege der Klage nach § 767 C.P.O. erhoben hat, stützt sich auf das rechtskräftige Urteil vom 14. Mai 1890, durch welches die Firma Z. & J. verurteilt wurde, anzuerkennen, daß ihr an den Kläger eine Forderung von 7662 ℳ für verbotswidrig an insolvente Fleischer verkauftes Vieh nicht zusteht. Wenn die Beklagten dieses Urteil gegen sich gelten lassen müssen, dann enthält dieses Urteil verglichen mit dem rechtskräftigen Versäumnisurteil vom 11. Juli 1884 — welches den Beklagten als Cessionaren der Firma Z. & J. 3000 ℳ von derjenigen Forderung zuerkannte, die nun den Cedenten aberkannt ist — eine rechtskräftige Gegenentscheidung verneinenden Inhalts. Daß eine Gegenentscheidung jüngeren Datums, welche das Recht verneint, das eine ältere unter denselben Parteien ergangene Vorentscheidung zugesprochen hatte, zur Grundlage einer Einwendung nach § 767 C.P.O. gemacht werden kann, ist nicht zu bezweifeln. Denn das Verhältnis der beiden entgegengesetzten Entscheidungen zueinander stellt sich nicht anders als das Verhältnis zweier Gesetze entgegengesetzten Inhalts, von denen selbstverständlich das neuere dem älteren vorgeht. Mit der Berufung auf eine jüngere rechtsverneinende Entscheidung ist eine Einwendung gegeben, welche den durch das ältere Urteil festgestellten Anspruch selbst betrifft und das Vollstreckungsrecht aus diesem Urteil ebenso beeinflußt, wie die Zahlung der Judikatssumme, Erlaß der Forderung, Verzicht auf den Anspruch, Tilgung durch Annahme an Zahlungsstatt. Das neuere Urteil vom 14. Mai 1890, welches zu gunsten des Klägers die ganze Forderung aberkannte, von welcher den Beklagten am 11. Juli 1884 ein Teil zu 3000 ℳ zuerkannt war, wirkt auf die durch das ältere Urteil festgestellten Ansprüche der Beklagten rechtsvernichtend, wenn diese die Entscheidung des Urteils vom 14. Mai 1890, welches gegen ihre Cedenten Z. & J. und nicht gegen sie selbst ergangen ist, gegen sich gelten lassen müssen. Dies aber hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen. Die Beklagten haben zwar das Urteil vom 11. Juli 1884 für sich. Sie sind aber nicht in der Lage, sich dem Kläger gegenüber auf dieses Urteil stützen zu können. Denn sie haben im Laufe des gegenwärtigen Rechtsstreites erklärt, nicht mehr be-

ſtreiten zu wollen, daß die Ceſſion, auf Grund deren ſie am 11. Juli 1884 das rechtskräftig gewordene Verſäumnisurteil auf 3000 ℳ gegen den Kläger erwirkt haben, ihnen keinerlei Rechte an der cedierten Forderung ſelbſt übertrug, weil die Ceſſion im Einverſtändnis der Cedentin mit den Ceſſionaren nur den Zweck verfolgte, die Beklagten als Inkaſſomandatare der Firma Z. & J. in den Stand zu ſetzen, daß ſie einen Teilbetrag der von Z. & J. behaupteten Forderung gegen M. einklagten. Sie haben ſohin jenen älteren Rechtsſtreit zwar im eigenen Namen, aber nicht für eigene Rechnung, ſondern für Rechnung von Z. & J. geführt, welche, wie die Beklagten zugeſtehen, von ihrer Forderung zu 7662 ℳ in Wahrheit nichts an die Beklagten übertrug; auch iſt nicht behauptet, daß hieran etwa durch ein ſpäteres Übereinkommen etwas geändert ſei. Hiernach ſteht den Beklagten die Einrede der Argliſt entgegen, wenn ſie jetzt aus dem Umſtand, daß in dem rechtskräftigen Urteil vom 14. Mai 1890 nicht ihnen, ſondern der Firma Z. & J. die ganze Forderung aberkannt iſt, einen Rechtsbehelf dafür entnehmen wollen, daß ihnen aus dem Urteil vom 11. Juli 1884 noch ein Vollſtreckungsrecht zuſtehe. Sie befinden ſich mit ſich ſelbſt im Widerſpruch, wenn ſie einen Teil der Forderung zu 7662 ℳ als ihnen rechtskräftig zuerkannt in Anſpruch nehmen, während ſie nach ihren eigenen Angaben von dieſer Forderung niemals auch nur einen Teil zu Eigentum erworben haben.

Der Einwand der Beklagten, daß ihnen durch das Urteil vom 14. Mai 1890 nichts aberkannt wurde, iſt belanglos. Hatten ſie trotz der Ceſſion vom 21. Mai 1884 kein Recht an der Forderung auf 7662 ℳ ſelbſt erlangt, verblieb dieſe vielmehr in ihrem ganzen Umfange im Eigentume der Firma Z. & J., ſo wirkt das Urteil vom 14. Mai 1890, welches dieſe Forderung aberkennt, auch auf die ganze Forderung und können ſich die Beklagten als frühere Inkaſſomandatare der Firma Z. & J. der Wirkung des Urteils vom 14. Mai 1890 nicht entziehen. Sie können deshalb auch aus dem Urteile vom 11. Juli 1884 keine Vollſtreckung mehr ſuchen."

58. Erlöschen die Rechte aus einem trockenen Wechsel unbedingt, wenn einer von mehreren Ausstellern, oder ein Wechselschuldner, der neben dem Aussteller als Bürge unterzeichnet hatte, den Wechsel nach Verfall einlöst? Wie bestimmt sich das Verhältnis mehrerer Wechselverpflichteten, welche den Wechsel an derselben Stelle gezeichnet haben, untereinander? Beweislast, wenn es nach dem Wechsel zweifelhaft ist, ob der Einlösende als Mitaussteller oder als Bürge des Ausstellers gezeichnet hatte.

I. Civilsenat. Urt. v. 1. Oktober 1902 i. S. J. (Bekl.) w. M. F. R. Wwe. (Kl.). Rep. I. 175/02.

I. Landgericht Kiel.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Klägerin erhob aus einem trockenen Wechsel gegen den Revisionskläger E. J. und den Mitbeklagten E. W. K. im Wechselprozeß mit der Behauptung, daß sie den Wechsel, der von den Beklagten als Wechselbürgen mitunterzeichnet sei, nach Verfall durch Zahlung der Wechselsumme von 6000 ℳ habe einlösen müssen, wogegen der Wechsel an sie indossiert sei, Klage mit dem Antrage, die Beklagten solidarisch zur Zahlung von 6000 ℳ nebst 6 Prozent Prozeßzinsen zu verurteilen. Der Wechsel war auf der Vorderseite, wie folgt, unterzeichnet:

A. R.
M. F. R. Wwe.
Bürge: E. J.
E. W. K.

Auf der Rückseite fand sich folgendes Indossament der Remittentin:
Für uns an die Order von Frau M. F. R. Wwe.
Inhalt von Frau M. F. R. Wwe. erhalten.
N., d. 4. Juli 1901
ohne Obligo.
(Unterschrift.)

Die Beklagten beantragten Abweisung der Klage und führten aus, daß ihre Wechselverpflichtung erloschen sei, nachdem Klägerin den Wechsel nach Verfall eingelöst habe. Sie hätten übrigens den Wechsel nur aus Gefälligkeit auf Bitten der Klägerin und auf deren

Zusage, daß sie dabei keinen Schaden haben sollten, mitunterzeichnet. Das Landgericht wies unter Bezugnahme auf die Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 25 S. 20 die Klage ab. Auf die Berufung der Klägerin wurde das erste Urteil dahin abgeändert, daß Klägerin nur in Höhe von 2000 ℳ nebst Zinsen abgewiesen wurde, Beklagte jedoch verurteilt wurden, ihr als Gesamtschuldner 4000 ℳ nebst Zinsen zu zahlen. In der Berufungsinstanz hatte Klägerin unter anderem geltend gemacht, sie sei nicht Ausstellerin des Wechsels. Nachdem A. R. als Aussteller unterzeichnet habe, habe sie nach einer mit diesem und dem Beklagten getroffenen Abrede in deren Gegenwart als Bürgin unterzeichnet. Dies ergebe sich aus dem Wechsel, doch werde auch Eid darüber zugeschoben. Sie habe den Wechsel nicht solvendi, sondern emendi causa erworben. Beklagte bestritten dies und führten aus, aus dem Wechsel ergebe sich, daß Klägerin als Mitausstellerin und nur die Beklagten als Bürgen unterzeichnet hätten. Durch Beweisbeschluß wurden Eide für Klägerin angeordnet, daß sie nicht die Beklagten ersucht habe, den Wechsel aus Gefälligkeit mit zu unterschreiben, mit der Zusicherung, sie sollten daraus keinen Schaden haben. Klägerin leistete diese Eide.

Auf die Revision des Beklagten J. wurde dessen Verurteilung auf 2000 ℳ nebst Zinsen ermäßigt aus folgenden

Gründen:

„Da Klägerin aus dem Wechsel im Wechselprozesse klagt, hängt die Entscheidung davon ab, inwieweit der geltend gemachte Anspruch sich auf die durch den Wechsel beurkundeten Tatsachen gründen läßt. Der Tatbestand wird aber durch den Wechsel nicht völlig klar gestellt. Sicher ist nur, daß A. R. als Aussteller, die beiden Beklagten daneben als Bürgen gezeichnet haben. Was aber die Unterschrift der Klägerin anlangt, so ist es zweifelhaft, ob das vorgedruckte Wort „Bürge" sich auf sie mitbezieht, oder ob es sich nur auf die beiden Beklagten bezieht. Für die erstere Annahme spricht, daß die Unterschriften der Klägerin und der Beklagten in einer einheitlichen Säule untereinanderstehen und sich dadurch von der Unterschrift des A. R. abheben. Jedenfalls bleibt diese von der Klägerin geltend gemachte Auslegung der Urkunden an sich möglich, und auch der Vorderrichter hat nicht festgestellt, daß Klägerin nach der Urkunde als Mitausstellerin neben A. R. anzusehen sei.

Bei dieser Sachlage aber ist die Revision nur zum Teil begründet. Ihre Ausführung, daß, wenn einer von mehreren Ausstellern eines eigenen Wechsels, oder gar ein Wechselbürge des Ausstellers den Wechsel nach Verfall einlöst, die Wechselschuld unter allen Beteiligten unbedingt erlischt, ist nicht zutreffend. Die Entscheidung des Reichsoberhandelsgerichts (Bd. 25 S. 20), auf welche sie sich hierfür beruft, betraf einen Fall, wo ein einziger Acceptant den Wechsel nach Verfall und Protest mangels Zahlung eingelöst hatte. Hier mußten allerdings die Wechselrechte durch Konfusion mit den Wechselpflichten erlöschen, weil der einzige Acceptant gegen andere Wechselbeteiligte denkbarerweise keine Wechselrechte haben konnte. In anderen Entscheidungen ist dagegen anerkannt, daß bei mehreren Ausstellern eines eigenen Wechsels einer derselben durch Einlösung des Wechsels — und zwar ohne daß unterschieden wird zwischen Einlösung vor oder nach Verfall — Wechselrechte gegen die anderen Aussteller erwirbt, sofern er nicht solvendi, sondern emendi causa eingelöst hat, wofür unter anderem auch ein Indossament in üblicher Form Beweis bieten kann.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 1 S. 102, Bd. 14 S. 405, Bd. 18 S. 367.

Der § 422 B.G.B. kann nicht entgegengehalten werden, denn der Kauf der Wechselforderung ist nicht Erfüllung der Wechselschuld. Nach § 425 Abs. 2 B.G.B. wirkt aber die Vereinigung der Forderung mit der Schuld nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintritt. Die Verbindlichkeit der übrigen Wechselschuldner bleibt daher an sich bestehen. Auch im vorliegenden Fall wird durch das Indossament an die Klägerin bewiesen, daß sie den Wechsel nicht objektiv getilgt, sondern gegen Zahlung der Wechselsumme zu Eigentum erworben hat. An sich ist sie daher nach Art. 36 W.O. legitimiert, die Wechselordnung sowohl gegen den Mitaussteller A. R., wie auch gegen die beiden Beklagten als Wechselbürgen desselben geltend zu machen.

Indessen bestimmt sich das Verhältnis mehrerer Wechselverpflichteten, welche an derselben Wechselstelle gezeichnet haben, untereinander nach den allgemeinen Grundsätzen des Civilrechts.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 1 S. 103; Bolze, Bd. 5 Nr. 721; Jurist. Wochenschr. 1902 S. 320 Nr. 43.

Nach § 426 B.G.B. sind daher mehrere Aussteller eines eigenen

Wechsels als Gesamtschuldner im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Dasselbe gilt für mehrere Wechselbürgen untereinander nach § 774 Abs. 2 B.G.B. Dagegen hat der Aussteller gegen seinen eigenen Bürgen überhaupt keinen Anspruch, denn begrifflich übernimmt der Bürge nur dem Gläubiger des Hauptschuldners, nicht aber auch dem Mitschuldner des letzteren gegenüber, die Verpflichtung, für die Verbindlichkeit des Hauptschuldners einzustehen (§ 765 B.G.B.).

Diese Sätze sind von dem aus dem Wechsel belangten Schuldner einredeweise geltend zu machen und somit die für ihre Anwendung erforderten Tatsachen zu beweisen. Hätte der Revisionskläger den Beweis geführt, daß, wie er behauptet, Klägerin aber bestreitet, diese den Wechsel neben A. R. als Ausstellerin unterzeichnet hat, so würde die Klage hinfällig sein, weil dann feststände, daß sein Verhältnis zu der Klägerin das eines Bürgen zu dem Hauptschuldner wäre. Dieser Beweis ist jedoch nicht geführt, vielmehr sind die in dieser Richtung aufgestellten Behauptungen durch Eid der Klägerin widerlegt worden. Die alsdann aber allein übrig bleibende, von der Klägerin auch selbst als tatsächlich zutreffend behauptete Möglichkeit ist die, daß Klägerin und die beiden Beklagten als Wechselbürgen für den Aussteller A. R. gezeichnet haben. Diese Möglichkeit ist somit als Tatsache zu behandeln und der Entscheidung zu grunde zu legen. Danach kann Klägerin aber gemäß §§ 774. 426 B.G.B. von jedem der beiden Mitbürgen nur $^1/_3$ der Wechselsumme, also 2000 ℳ nebst Zinsen ersetzt verlangen. Ein dem § 426 Abs. 1 Satz 2 entsprechender Tatbestand ist nicht behauptet worden. Demgemäß ist das angefochtene Urteil auf die Revision zu gunsten des Revisionsklägers abgeändert worden."

---

59. Hat die Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft Prozeßunfähigkeit für den Abwesenden zur Folge?

C.P.O. § 53.

V. Civilsenat. Beschl. v. 1. Oktober 1902 i. S. Witwe L. (Bekl.) w. K., jetzt unbekannten Aufenthaltsorts (Kl.). Beschw.-Rep. V. 191/02.

I. Kammergericht Berlin.

Dem Kläger war ein richterlicher Eid auferlegt worden. In dem Eidesleistungstermine, in dem er nicht erschien, beantragte sein Prozeßbevollmächtigter Aussetzung des Verfahrens nach §§ 241. 246 C.P.O., weil über den Kläger inzwischen eine Abwesenheitspflegschaft eingeleitet und er dadurch prozeßunfähig geworden sei. Das Kammergericht gab dem Antrage statt. Auf Beschwerde der Beklagten ist der Beschluß aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

... „Wie die §§ 104. 106. 107. 114 B.G.B. ergeben, besteht jetzt, abweichend von dem früheren Rechte, eine Unfähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, und damit Prozeßunfähigkeit (§ 52 C.P.O.), nur bei geschäftsunfähigen Personen, § 104 B.G.B., sowie bei Personen, die, wie die Minderjährigen und die in § 114 B.G.B. bezeichneten Personen, in der Geschäftsfähigkeit beschränkt sind. Der Fall der Stellung unter Pflegschaft findet sich als Grund des Aufhörens oder der Einschränkung der Geschäftsfähigkeit des Pflegebefohlenen nirgends erwähnt. Letzterer behält hiernach die Fähigkeit, sich durch Verträge zu verpflichten, und daher auch die Prozeßfähigkeit. Daß dies der Wille des Gesetzgebers gewesen ist, wird durch die Denkschrift zur Civilprozeßnovelle S. 86 ausdrücklich bestätigt. Eine Ausnahme macht nur der Fall, daß der Pfleger in Ausübung seiner Vertretungsmacht, die mit dem eigenen Prozeßführungsrechte des Pflegebefohlenen konkurriert, einen Rechtsstreit im Namen des letzteren führt. Alsdann gilt der Pflegebefohlene für den betreffenden Rechtsstreit als prozeßunfähig (§ 53 C.P.O.). Ein solcher Fall liegt aber gegenwärtig nicht vor. Zwar hat ausweislich einer vom Kammergerichte bei Vorlegung der Beschwerde dem Reichsgerichte gemachten Randmitteilung der Prozeßbevollmächtigte des Klägers in dem zur Eidesleistung bestimmten Termine erklärt, er sei auch von dem Abwesenheitspfleger, dessen Bestallung er gleichzeitig überreichte, mit Vollmacht versehen. Hierin kann jedoch ein Eintritt des Pflegers in den Prozeß an Stelle des Klägers, wodurch allein dessen Prozeßunfähigkeit hätte herbeigeführt werden können, nicht gefunden werden." ...

60. Darf, wenn das bis zum 1. Januar 1900 in Geltung geweſene Recht den Richter ermächtigt, trotz Vorhandenſeins eines Trennungsgrundes die zeitweilige Trennung von Tiſch und Bett zu verſagen, falls die Ehegatten bereits längere Zeit voneinander getrennt lebten, auch die nach dem 1. Januar 1900 liegende Zeit in Berückſichtigung gezogen werden?
Einf.-Geſ. zum B.G.B. Art. 201.

VI. Civilſenat. Urt. v. 2. Oktober 1902 i. S. N. Ehefr. (Kl.) w. N. (Bekl.). Rep. VI. 167/02.

I. Landgericht Bautzen.
II. Oberlandesgericht Dresden.

Aus den Gründen:

... „Das Berufungsgericht iſt in eine Prüfung der Frage nicht eingetreten, ob die vom Beklagten im Jahre 1899 begangenen unzüchtigen Handlungen die Anwendung des § 1568 B.G.B. zu rechtfertigen geeignet ſeien, da es annimmt, daß auf Grund des nach Art. 201 Abſ. 2 Einf.-Geſ. zum B.G.B. ebenfalls maßgebenden ſächſiſchen Rechts wegen jener Handlungen zu einer Scheidung oder Trennung der Ehe nicht zu gelangen geweſen ſein würde. In dieſer Beziehung wird im angefochtenen Urteile folgendes ausgeführt. Es könne zwar im Falle eines unſittlichen Lebenswandels eines Ehegatten, wie auch im Falle des Beſtehens ernſter Zerwürfniſſe nach § 1754 ſächſ. B.G.B. nach richterlichem Ermeſſen auf Trennung von Tiſch und Bett erkannt werden. Es würden ſonach an ſich die Verfehlungen des Beklagten auch nach den Beſtimmungen des ſächſiſchen B.G.B.'s einen Trennungsgrund zu geben geeignet ſein. Allein im vorliegenden Falle würde das Berufungsgericht, wenn es nach dem bisherigen Rechte zu entſcheiden hätte, auf Trennung von Tiſch und Bett nicht erkennen, da ſolche nach Satz 2 des § 1754 ſächſ. B.G.B. verſagt werden könne, wenn die Ehegatten bereits längere Zeit voneinander getrennt lebten, was hier zutreffe, da ſchon zur Zeit der im Dezember 1900 erfolgten Klagerhebung ein Zeitraum von ungefähr einem und einem halben Jahre ſeit dem Weggange des Beklagten verſtrichen geweſen ſei. Hierin liegt eine Verletzung des Art. 201 Einf.-Geſ. inſofern, als ein in die Zeit nach dem 31. Dezember 1899 fallender Zuſtand nach den Vor-

schriften des sächsischen Rechts, und nicht nach denen des Bürgerlichen Gesetzbuchs beurteilt worden ist. Es ist allerdings richtig und vom Reichsgericht wiederholt ausgesprochen worden, daß die in die Zeit vor dem 1. Januar 1900 fallende Verfehlung nicht bloß in abstracto, sondern in concreto einen Scheidungs- oder Trennungsgrund gebildet haben müsse, daß, wenn sie noch unter der Herrschaft des alten Rechts durch Fristablauf, Verzeihung, Kompensation ꝛc ihre Kraft als Scheidungsgrund verloren habe, sie auch unter der Herrschaft des neuen Rechts als solcher nicht mehr benutzt werden könne. Allein Tatsachen, die sich erst nach dem 31. Dezember 1899 ereignet haben, können einem vor diesem Zeitpunkte entstandenen Scheidungs- oder Trennungsgrund mit Erfolg nur dann entgegengehalten werden, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch ihnen diese Wirkung beilegt. Der Richter kann sich daher bei Anwendung des Art. 201 Abs. 2 Einf.-Ges. nicht auf den Standpunkt stellen: wie würde er den Rechtsstreit zu entscheiden haben, wenn das Bürgerliche Gesetzbuch jetzt noch nicht gälte? sondern nur auf den: wie würde er den Rechtsstreit am 31. Dezember 1899 entschieden haben? Die Auffassung des Berufungsgerichts würde zu dem Ergebnisse führen, daß, wenn wegen eines vor dem 1. Januar 1900 begangenen Ehebruches auf Scheidung geklagt worden, und der klagende Teil nach diesem Zeitpunkte ebenfalls die Ehe gebrochen hätte, die Klage abgewiesen werden müßte, da der bei dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorhandene Scheidungsgrund unter Berücksichtigung des sächsischen Rechts nachträglich seine Wirkung verloren habe. Das würde unrichtig sein, da die Folgen des nach dem 31. Dezember 1899 begangenen Ehebruches lediglich nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches zu beurteilen sind, dieses aber eine Kompensation nicht kennt. In ähnlicher Weise ist der vorliegende Fall gestaltet. Es würde, da das Berufungsgericht dies nicht geprüft hat, zu gunsten der Revision zu unterstellen sein, daß Satz 2 des § 1754 sächs. B.G.B. nicht anzuwenden sein würde, wenn das Urteil unter Zugrundelegung der Sachlage vom 31. Dezember 1899 ergangen wäre. Das fortgesetzte Getrenntleben der Parteien nach diesem Zeitpunkte konnte aber nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuches dem einmal vorhandenen Trennungsgrund die Wirksamkeit nicht nehmen." ...

61. Gehört der durch die Anmeldung bei dem Patentamt begründete Anspruch auf Erteilung eines Patents zu dem einer Zwangsvollvollstreckung unterliegenden Vermögen des Anmelders?

Patentgesetz §§ 3. 6. 23.

VII. Civilsenat. Urt. v. 3. Oktober 1902 i. S. M. Konkursverwalter (Kl.) w. B. u. Gen. (Bekl.). Rep. VII. 204/02.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Am 13. Oktober 1892 schlossen der Fabrikant K. M. in R. und der Ingenieur E. M. in H. einerseits und M. B., M. d. R., E. K. und J. S., sämtlich in H., als Konsortialen andererseits, einen Vertrag über die Verwertung von Erfindungen. In § 1 desselben erklärten die zuerst genannten beiden Kontrahenten, daß sie gemeinsame ausschließliche Eigentümer der beigefügten (tatsächlich jedoch der Urkunde nicht anliegenden), formell auf den Namen von K. M. lautenden Patente über eine eigentümliche Verfeuerung zum Zwecke der Rauchverbrennung und Kohlenersparnis und daß weitere Patente nachgesucht und angemeldet seien in Österreich, Schweden, Norwegen, Dänemark, Kanada, Rußland, Schweiz, Portugal sowie insbesondere in Deutschland. Nach § 2 sollten die aus diesen sowie etwa künftig weiter zu nehmenden Anmeldungen sich ergebenden Patente und sonstigen Rechte in dem Vertrage als mitübertragen gelten, so daß die Herren M. im weitesten Umfange die gesamte Ausbeutung der rauchfreien kohlenersparenden Feuerung nach Maßgabe des Vertrages dem zu bildenden Unternehmen und den daran partizipierenden Konsortialen zu gute kommen ließen. Die letzteren verpflichteten sich in § 3 als Gegenleistung gemeinsam für das zu bildende Unternehmen ein Kapital bis zu 100000 ℳ herzugeben. Laut § 9 verpflichteten sich K. M. und E. M., unverzüglich die Umschreibung aller hier in Frage kommenden Patente auf die Namen der Konsortialen vorzunehmen.

Über das Vermögen des K. M. wurde am 29. November 1892 das Konkursverfahren eröffnet.

Der Konkursverwalter erhob mit dem Bemerken, daß in Ausführung des Vertrages die Patente vom Gemeinschuldner auf die

Konsortialen übertragen seien, eine Anfechtungsklage. Er behauptet, wenn in § 1 des Vertrags erklärt werde, E. M. (Beklagter zu 5) sei Miteigentümer der Patente, so sei dies nicht wahr, die Patente hätten auf den alleinigen Namen des Gemeinschuldners gestanden, es liege also in dem § 1 eine unentgeltliche Einräumung des Miteigentumsrechtes an E. M. seitens des Gemeinschuldners (§ 25 K.O.). Ferner machte der Kläger geltend, nicht nur diese Einräumung, sondern auch die Übertragung der Patente auf die Konsortialen (Beklagte 1 bis 4) sei anfechtbar nach den §§ 23 und 24 K.O., da der Vertrag nach der Zahlungseinstellung und zur Benachteiligung der Konkursgläubiger mit Kenntnis der Beklagten hiervon abgeschlossen sei. Der Antrag der Klage ging dahin, den Vertrag der Konkursmasse gegenüber für unwirksam zu erklären und die Beklagten zu 1 bis 4 zu verurteilen, die auf Grund des Vertrages übertragenen Patente der Konkursmasse zurück zu übertragen.

Die Beklagten beantragten Zurückweisung der Klage. Sie bestritten die der Anfechtung zu grunde liegenden Behauptungen und machten namentlich geltend, das patentierte Verfahren sei eine gemeinsame Erfindung von K. M. und E. M., ferner eine Zahlungseinstellung habe vor dem Vertragsabschlusse nicht stattgefunden, auch sei durch denselben niemand benachteiligt; vor dem Vertragsabschlusse hätten die Patente nur die Bedeutung einer geistigen Erfindung gehabt, die als solche kein der Zwangsvollstreckung unterliegendes Vermögen bilde, also auch von den Gläubigern nicht habe in Anspruch genommen werden können.

In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen. Kläger legte Berufung ein.

Durch Beschluß des Berufungsgerichts wurden die Parteien aufgefordert, näher darzulegen, welche Patentrechte den Gegenstand des Vertrages vom 13. Oktober 1892 und der auf Rückübertragung von Patenten gerichteten Klagebitte bildeten. Kläger erklärte, es handle sich in der Klage um die Patente Nr. 66757, 71842, 68355, 77612 (Zusatz zu dem vorigen Patente), 69113; alle Patente, mit Ausnahme des Zusatzpatens Nr. 77612, seien von dem Kridar angemeldet, es handle sich demnach in dem Vertrage vom 13. Oktober 1892 um durch Nachsuchung von Patenten begründete Rechte, die Erteilung der Patente sei in allen Fällen nach dem Vertragsabschlusse erfolgt.

Die Berufung wurde zurückgewiesen. Auf die Revision des Klägers ist das Urteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter gelangt zur Verwerfung der Berufung auf Grund der Erwägung, das Erfinderrecht sei nach der Anmeldung aber vor der Patenterteilung nicht pfändbar und falle nicht in die Konkursmasse. Er führt aus:

Das Erfinderrecht sei zunächst wie andere immaterielle Rechte, insbesondere das Urheberrecht, ein höchst persönliches Recht, das mit der Person des Erfinders so fest verbunden sei, daß es wider dessen Willen nicht durch Eingriffe Dritter von ihm abgelöst werden könne. Ihm selbst stehe die freiwillige Lösung zu, die rechtliche Möglichkeit zu selbstgewollter vermögensrechtlicher Verwertung auch durch Übertragung an andere, er könne es veräußern und vererben. Dagegen widerstrebe es dem Recht der Persönlichkeit, Dritten die Befugnis zur Loslösung der Erfinderrechte von dem Erfinder gegen dessen Willen einzuräumen. Dritten stehe der Zugriff erst dann zu, wenn das Erfinderrecht sich zu einem unpersönlichen selbständigen Vermögensrecht entwickelt habe. Das geschehe im Sinne der Rechtsordnung erst durch die Patenterteilung, wofür die Anmeldung sich nur als vorbereitende Maßregel charakterisiere. Ebenso nur vorbereitende Maßregel sei auch die Bekanntmachung der Anmeldung, die nach § 22 des Patentgesetzes zwar einstweilen die gesetzlichen Wirkungen des Patents vorweg eintreten lasse, aber nicht endgültig und auch nach ausdrücklicher Vorschrift nur zu gunsten des Patentsuchers.

Diese Ansicht bezeichnet der Berufungsrichter auch als die weitaus herrschende.

Nicht ausdrücklich bemerkt er, aber zweifellos liegt im Sinne seines Standpunktes, daß infolge der nach seiner Ansicht gegebenen Rechtslage der Vertrag vom 13. Oktober 1892 eine Benachteiligung der Konkursgläubiger nicht nach sich gezogen haben könne, diese Voraussetzung des Anfechtungsrechts also fehle.

Die Revision hält die Ansicht des Berufungsrichters für unrichtig, sie bemerkt namentlich, nachdem § 6 des Patentgesetzes die Übertragbarkeit des Rechts an der zur Patentierung angemeldeten Erfindung anerkannt habe, sei es eine durch nichts erwiesene petitio principii, wenn das Berufungsgericht davon ausgehe, daß das Er-

finderrecht ein höchst persönliches Recht und mit der Persönlichkeit des Erfinders so fest verbunden sei, daß es wider dessen Willen nicht durch Eingriffe Dritter von ihm abgelöst werden könne; viel richtiger scheine die Annahme, daß, weil das Gesetz die Veräußerlichkeit des Anspruchs auf Patenterteilung anerkannt habe, dieser Anspruch als selbständiger Gegenstand des Rechtsverkehrs in gleicher Weise wie das erteilte Patent anerkannt sei. Die Revision weist auch darauf hin, daß nach freiwilliger Veräußerung eines Anspruchs auf Patenterteilung der Pfändung des Anspruchs bei dem dritten Erwerber ein Hindernis nicht entgegenstehen könne. Sie bestreitet, daß die vom Berufungsgericht als überwiegende Meinung der Schriftsteller bezeichnete Ansicht in der Literatur vorherrschend sei.

Die Revision mußte Erfolg haben.

Es handelt sich um die Frage, ob derjenige Anspruch des Erfinders, welcher seine ausdrückliche gesetzliche Anerkennung und Ausgestaltung durch die §§ 3 und 6 des Patentgesetzes erhalten hat, also der durch die Priorität der Anmeldung begründete Anspruch auf Erteilung des Patents dem Zugriffe der Gläubiger unterliegt und im Konkurse einen Teil der Masse bildet oder nicht. Dieses Recht muß nach Maßgabe seines Inhalts als ein Vermögensrecht betrachtet werden, es hat diese Eigenschaft ebenso wie das Recht aus dem erteilten Patent, denn wie dieses dem Patentinhaber die ausschließliche gewerbliche Verwertung der patentierten Erfindung sichern soll, indem es ihm unmittelbar die Befugnis verleiht, einem jeden die gewerbsmäßige Herstellung ꝛc des Gegenstandes der Erfindung ohne seine Erlaubnis zu verwehren, so hat das Recht aus der Anmeldung seine Richtung gerade auch schon, und zwar ausschließlich, auf diesen Erfolg; man kann als seinen Inhalt auch betrachten, daß der Anmeldende, wenn die Erfindung patentfähig ist und er die Anerkennung dieser ihrer Eigenschaft und die Erteilung eines Patents bei den Patentbehörden erreicht, in der ausschließlichen Ausbeutung der Erfindung geschützt wird. Über die Pfändbarkeit des Rechts aus dem erteilten Patent aber besteht in der Rechtsprechung und Literatur kaum ein Zweifel, und ein solcher läßt sich auch nicht begründen, da die Ausschließlichkeit der gewerblichen Ausnutzung einer Erfindung ihre Bedeutung auf wirtschaftlichem Gebiete hat und ihrem Wesen und ihrer Bestimmung nach, wenn auch nicht immer tatsächlich, einen Vermögens-

wert darstellt. Aber auch der Anspruch auf Gewährung von Schutz für die angemeldete Erfindung, wenn man ihn als solchen, in der durch das Gesetz ihm gegebenen oben berührten Gestalt, ins Auge faßt, gehört lediglich dem Kreise der Vermögenswerte und Vermögensrechte an, aus seinem Inhalte und seiner Natur kann ein Hindernis gegen seine Pfändbarkeit und seine Hineinziehung in die Konkursmasse nicht entnommen werden. Im verstärkten Maße gilt dies nach der Bekanntmachung der Anmeldung durch das Patentamt, da mit dieser nach § 23 des Patentgesetzes für den Gegenstand der Anmeldung zu gunsten des Patentsuchers einstweilen die gesetzlichen Wirkungen des Patents eintreten.

Zu einem anderen Ergebnisse gelangt man auch dann nicht, wenn man ein Erfinderrecht als schon vor der Anmeldung bestehend anerkennt und diesem, wenigstens für einen Teil seiner Gegenstände, Individualcharakter beimißt. Die Auffassung läßt sich vertreten und hat Vertretung gefunden, daß, wie der Urheber eines Schriftwerkes mit der Entstehung desselben ein seiner Persönlichkeitssphäre angehörendes Recht erwirbt, kraft dessen er über das seiner geistigen Tätigkeit zu verdankende, aber auch von ihm moralisch und rechtlich zu vertretende Werk frei zu verfügen, es der Kenntnis anderer vorzuenthalten, es zu vernichten, aber auch es zu vervielfältigen und zu verbreiten befugt ist, so auch der Erfinder über seine Erfindung, wenngleich die für das Urheberrecht maßgebenden Rücksichten, insbesondere die auf die Verantwortlichkeit des Urhebers, bei der gewerblichen Erfindung nicht in gleichem Maße Anerkennung fordern, mit seiner Erfindung ganz nach seinem Ermessen schalten, sie ungenutzt lassen, aber auch sie mit Wahrung seines Geheimnisses in seinem Gewerbebetriebe ausbeuten oder sie bei der Patentbehörde anmelden kann, um sich, mit Preisgabe seines Geheimnisses, ihre ausschließliche Ausbeutung für eine bestimmte Zeit rechtlich zu sichern, und daß dieses Recht wenigstens zum Teil Individualcharakter hat. Es bedarf indessen für die hier zu treffende Entscheidung eines weiteren Eingehens auf die betreffenden Fragen nicht; denn auch, falls sie sämtlich zu bejahen sind, falls sogar angenommen werden muß, daß das Wahlrecht des Erfinders, soweit lediglich die Art und Weise der gewerblichen Ausnutzung der Erfindung in Frage kommt, der Persönlichkeitssphäre des Erfinders angehört und von dieser wider seinen

Willen nicht abgelöst werden kann, so gehen doch die hervorgehobenen Befugnisse, nachdem in Ausübung des Wahlrechts die Anmeldung vorgenommen ist, in das durch diese begründete Recht nicht über und werden nicht Teil desselben. Selbst dann, wenn man in ihm nur ein Entwickelungsergebnis des Erfinderrechts in seiner ursprünglichen Gestalt erblickt, so hat die Entwickelung doch gerade in einer speciellen Beziehung zu einem Ergebnisse geführt, welches sich in seiner inhaltlichen Umgrenzung als ein rein wirtschaftliches Recht charakterisiert. Damit ist der Untergang des ursprünglichen Erfinderrechts, wenn ein solches anzuerkennen, nicht notwendig verbunden, es kann fortbestehen in Gestalt eines Rechts, über den Anspruch aus der Anmeldung zu verfügen, d. h. sie zurückzuziehen, um die ursprüngliche Lage soweit als noch möglich wieder herzustellen, eines Rechts, das sich von der Verfügungsbefugnis eines jeden Trägers vermögensrechtlicher Ansprüche dadurch unterscheiden würde, daß es mit der Person des Erfinders verknüpft ist und ihm wider seinen Willen durch Eingriffe Dritter nicht entzogen werden kann. Aber dieses Recht gehört nicht zum positiven Bestande des lediglich auf die Erlangung von Patentschutz gerichteten Anspruchs, sein Verhältnis zu diesem kann nur das einer Einschränkung desselben sein, so daß er einem bedingten Rechte verwandt wird. Aus dieser Eigenschaft folgt nicht die Unpfändbarkeit des Anspruchs, sondern nur soviel könnte gelten, daß, nachdem ein Zugriff der Gläubiger auf den Anspruch erfolgt oder der Konkurs eröffnet ist, der Schuldner die Anmeldung noch mit Wirksamkeit zurückzuziehen und dadurch den Untergang des Anspruchs auf Patenterteilung herbeizuführen in der Lage wäre. Die Einschränkung würde also nur den Wert des Anspruchs für die Gläubiger mindern.

Bei dieser Rechtslage wird mithin, wenn der Gemeinschuldner den Anspruch veräußert, den Gläubigern ein für ihre Befriedigung an sich geeignetes Objekt entzogen. Nimmt der Erfinder nach der Eröffnung des Konkurses die Anmeldung zurück und ist ein solcher Rechtsakt als wirksam zu betrachten, so erlischt eben der gepfändete Anspruch, er wird, wie beim Ausfall einer aufschiebenden oder Eintritt einer auflösenden Bedingung, vernichtet; die Pfändung wird gegenstandslos, ein zur Masse gehörendes Recht büßt seine Existenz wieder ein. Hieraus kann sich weiter die Konsequenz ergeben, daß der für die Gläubiger durch die Veräußerung entstandene Nachteil,

sofern ihnen im Endresultat materiell nichts entgeht, wegfällt. Im gegenwärtigen Falle ist der Verlauf aber tatsächlich der gewesen, daß eine Zurücknahme der Anmeldung nicht stattgefunden hat, weder von seiten des Gemeinschuldners noch von seiten der Beklagten 1—4 als der Erwerber des Anspruchs, die Anmeldung vielmehr zur Erteilung des Patents geführt, das Recht auf Erteilung eines Patents sich also zu einem Recht aus dem Patent entwickelt hat. Aus welcher Ursache die Zurücknahme der Anmeldung unterblieben ist, insbesondere ob der Gemeinschuldner sich nach Abschluß des Veräußerungsvertrages zu derselben nicht mehr für legitimiert, oder ob er sich doch zu ihrer Unterlassung seinen Gegenkontrahenten gegenüber für verpflichtet gehalten hat oder was sonst bestimmend für ihn gewesen ist, stellt sich als unerheblich dar; entscheidend ist allein die Tatsache, daß das Recht aus der Anmeldung nicht wertlos geworden, durch den angefochtenen Veräußerungsvertrag den Gläubigern also auch im endlichen Resultate etwas entzogen ist.

Die Bemerkung des Berufungsrichters, daß seine Annahme der Unpfändbarkeit des Anspruchs aus der Anmeldung weitaus die herrschende sei, gibt kein zutreffendes Bild von dem Stande der Literatur. Eine Anzahl von Schriftstellern hat sich allerdings gegen die Pfändbarkeit ausgesprochen, so Petersen, Konkursordnung Anm. I, 4 zu § 1; v. Sarwey, Konkursordnung Anm. 1, 2b zu § 1; Jäger, Konkursordnung Anm. 11 zu § 1 und wohl auch v. Wilmowski, Anm. II zu § 1; ferner Bekker, System des Pandektenrechts Bd. 1 § 25 IV d, und zwar in der Form, nur die Rechte aus dem erworbenen Patent seien pfändbar, weil nunmehr die Erfindung in die Öffentlichkeit getreten sei. Gierke (Deutsches Privatrecht § 97 IV) erachtet den Anspruch auf die Patenterteilung nach der Anmeldung noch nicht für pfändbar, wohl aber nach der Bekanntmachung. Endemann (Konkursverfahren § 55 I § 4) äußert sich dahin, die noch nicht patentierte Erfindung sei nicht ohne weiteres veräußerliches Massestück. Für die Pfändbarkeit des Anspruchs und seine Zugehörigkeit zur Masse haben sich aber ausgesprochen: Dernburg, Preußisches Privatrecht Bd. 2 § 310, insbesondere Anm. 13; Stephan-Schmidt, Schutz der gewerblichen Urheberrechte S. 52; Seligsohn, Patentgesetz Anm. 12. 13 zu § 6; Rosenthal, Das deutsche Patentgesetz Anm. 11 zu § 6; Kohler, Deutsches Patentrecht Nr. 138 und 139;

Derselbe, Handbuch des deutschen Patentrechts § 106 S. 261. 264. 265, vgl. § 99 S. 248. 249; Appelius in Stengleins strafrechtlichen Nebengesetzen Anm. 5 und 6 zu § 6 des Patentgesetzes; Stieglitz, Konkursordnung Anm. II zu § 1; Breitling, Grundzüge des Konkursrechts § 1 I. Eine erhebliche Anzahl von Schriftstellern mißbilligt also die vom Berufungsrichter vertretene Ansicht." ...

---

62. Unterliegen Feuerkassenscheine (Ausweise über das Versicherungsverhältnis) einer städtischen Feuersozietät, deren Mitgliedschaft ohne weiteres durch Erbauung oder Erwerb eines Hauses kraft Gesetzes begründet wird, dem Policestempel der Tarifstelle 70 zum preußischen Stempelsteuergesetz vom 31. Juli 1895?

VII. Civilsenat. Urt. v. 3. Oktober 1902 i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. städtische Feuersozietät Stettin (Kl.). Rep. VII. 216/02.

I. Landgericht Stettin.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Stempelsteuerbehörde hatte eine Anzahl von sog. Feuerkassenscheinen, welche von der städtischen Feuersozietät in Stettin darüber ausgestellt waren, daß städtische Grundstücke bei ihr zu einer gewissen Taxe versichert seien, und daß der Feuerkassenbetrag sich auf eine gewisse Summe beziffere, auf Grund der Tarifstelle 70 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 zur Steuer herangezogen. Die auf Rückzahlung des erlegten Stempels gegen den Fiskus erhobene Klage der Feuersozietät hatte in beiden Vorinstanzen Erfolg. Die Revision des Fiskus ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„In Stettin besteht eine städtische Feuersozietät, deren Reglement durch Königliche Kabinetsordre vom 18. November 1722 bestätigt und eingeführt ist. Daß danach dieses Reglement als Gesetz anzusehen ist, haben die Vorinstanzen mit Recht angenommen,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 215, Bd. 28 S. 300,

und wird auch vom Fiskus nicht in Zweifel gezogen. Als Inhalt des irrevisibelen Gesetzes stellt der Berufungsrichter fest, daß die Er-

bauung oder der Erwerb eines Hauses in Stettin den Eigentümer unmittelbar kraft Gesetzes zum Mitglied der Sozietät mache und seinen Eintritt in das Versicherungsverhältnis begründe, und daß hiernach, da das Reglement auch die Rechte und Pflichten des Versicherers und des Versicherten vollständig ordne, für eine Vereinbarung der Beteiligten, sei es in Ansehung des Eintritts in die Versicherung, sei es in sonstiger Beziehung, kein Raum gegeben sei. Die Feuerkassenscheine, die nur auf besonderen Wunsch des Versicherten ausgestellt werden, haben folgenden Wortlaut:

„Es wird hiermit bescheinigt, daß die Gebäude des zu Stettin ... belegenen, dem ... gehörigen Grundstücks ... auf Grund der Taxe des ... von zusammen ... ℳ bei der städtischen Feuer-Sozietät zu Stettin gegen Feuerschaden versichert sind. Der Feuerkassenbeitrag beträgt nach dem Satze von ... ₰ für 300 ℳ und Jahr ... ℳ für das Halbjahr.

Der Magistrat, Feuer-Sozietäts-Deputation.
Siegel. Unterschrift."

Dem Berufungsrichter ist nun unbedingt beizupflichten, wenn er es ablehnt, diese Bescheinigungen dem Stempel der Tarifstelle 70 zu unterwerfen. Wie der Wortlaut der Tarifstelle (Versicherungsverträge, auch in der Form von Policen) in einer jeglichen Zweifel ausschließenden Deutlichkeit besagt, hat sie nur Urkunden über solche Versicherungsverhältnisse zum Gegenstand, welche durch Vereinbarung der Beteiligten begründet sind, mag das Schriftstück in einer von beiden Seiten vollzogenen Vertragsurkunde oder in einer von dem Versicherer über die Vereinbarung in der Form der Police einseitig ausgestellten Erklärung bestehen. Wenn wie hier das Versicherungsverhältnis unmittelbar durch das Gesetz begründet wird, kann die Tarifstelle demgemäß keine Anwendung finden; denn auch die Stempelpflicht der Police bleibt in dem Rahmen der Versicherungsverträge eingeschränkt. Was die Revision aus Entscheidungen des früheren Obertribunals gegen diese Auffassung vorgebracht hat, war in keiner Weise geeignet, sie zu erschüttern. Es sei nur bemerkt, daß das Verhältnis auch so geregelt sein kann, daß der Eintritt in eine solche Sozietät erst durch eine Willenserklärung des Versicherten erfolgt, für deren Abgabe aber eine Zwangspflicht besteht. Auf solche Verhältnisse lassen sich die Ausführungen und Ausdrücke des Ober-

tribunals anwenden. Der Versuch des Fiskus, die Stempelpflicht mit der Erwägung zu begründen, daß die Erbauung oder der Erwerb eines Hauses eine freiwillige Handlung sei, ist vergeblich. Dadurch, daß jemand freiwillig einen Tatbestand schafft, an den sich eine gesetzliche Verpflichtung oder überhaupt ein gesetzliches Verhältnis knüpft, wird dieses gesetzliche Verhältnis nicht zu einem vertraglichen." ...

---

63. Ist der § 836 B.G.B. anwendbar auf den Fall, wenn der morsch gewordene Fußboden eines Stockwerks mit der darauf stehenden Person durchbricht?

VI. Civilsenat. Urt. v. 6. Oktober 1902 i. S. Sp. (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. VI. 176/02.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerin stand als Köchin im Dienste bei einer Familie, welche in der zweiten Etage des dem Beklagten gehörigen Hauses wohnte. Als sie sich am 21. Juli 1900 vor dem Herde in der Küche der Wohnung befand, wichen plötzlich die Steinfliesen, auf denen sie stand; der Boden brach durch, und die Klägerin stürzte in die darunter liegende Küche des ersten Stockwerkes hinab, wobei sie erhebliche Verletzungen erlitt. Sie verlangte von dem Beklagten Schadensersatz auf Grund des § 836 B.G.B. Das Landgericht und das Oberlandesgericht erklärten den Klaganspruch dem Grunde nach für berechtigt. Die Revision des Beklagten gegen das Berufungsurteil ist zurückgewiesen aus den folgenden

Gründen:

„Der Unfall ist, wie tatsächlich feststeht, dadurch herbeigeführt worden, daß der die Fliesen tragende Bretterboden („Blendboden") an der betreffenden Stelle morsch geworden war und infolgedessen einbrach. Der Beklagte hat bestritten, daß der vorliegende Sachverhalt unter den § 836 B.G.B. falle, weil nicht der Einsturz eines Gebäudes in Frage stehe, und nur ein Durchbruch der Decke zwischen der ersten und zweiten Etage stattgefunden habe. Das Berufungs-

gericht verwirft diese Auffassung: der § 836 B.G.B. lege dem Besitzer eines Grundstücks die Verpflichtung auf, die auf dem Grundstück befindlichen Gebäude und sonstigen baulichen Einrichtungen in einem solchen Zustande zu erhalten, daß Dritte durch dieselben nicht gefährdet werden, und mache ihn für den infolge Verletzung dieser Pflicht durch das Gebäude verursachten Schaden ersatzpflichtig. Bei diesem dem Gesetze zu grunde liegenden Gedanken sei es für dessen Anwendbarkeit völlig gleichgültig, ob das ganze Gebäude, oder nur Teile desselben einstürzen, oder ob Teile desselben sich ablösen. Daß dies auch die Meinung des Gesetzgebers gewesen sei, gehe — wie näher dargelegt wird — aus den Kommissionsberatungen hervor.

Die Revision glaubt, der Berufungsrichter wende den § 836 B.G.B. mit Unrecht auf den vorliegenden Fall an. In welchem Umfang der gesetzgeberische Gedanke, der diesem Paragraphen zu grunde liege, Berechtigung habe, könne dahingestellt bleiben, wenn er in dem Wortlaute nur einen beschränkten Ausdruck gefunden habe. Darüber aber könne kein Zweifel bestehen, daß im vorliegenden Fall von einer Ablösung von Gebäudeteilen, welche die Verletzung eines Menschen verursacht hätte, nicht gesprochen werden könne; dies auch darum nicht, weil die Klägerin nicht durch die schadhaften Gebäudeteile selbst, sondern durch den Sturz verletzt worden sei. Gegen die Ansicht des Berufungsrichters spreche auch der Umstand, daß dieselben Worte, wie in § 836, auch in § 908 B.G.B. gebraucht seien, und daß unter den letzteren Paragraphen ein Sachverhalt der vorliegenden Art niemals fallen könne.

Die Auffassung der Revision ist verfehlt. Der § 836 B.G.B. statuiert eine Schadensersatzpflicht des Besitzers eines Grundstücks für den Fall, wenn durch den Einsturz eines Gebäudes oder eines anderen mit einem Grundstücke verbundenen Werkes oder durch die Ablösung von Teilen des Gebäudes oder des Werkes ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt, oder eine Sache beschädigt wird. Die der gesetzlichen Vorschrift gegenüber dem ersten Entwurf (§ 735) gegebene Erweiterung auf den Fall der Ablösung von Teilen des Gebäudes oder Werkes beruht, wie im Berufungsurteil richtig angeführt ist, auf einem Beschlusse der Kommission für die zweite Lesung. Es war, besagen die Protokolle (S. 2878; Mugdan, Materialien Bd. 2 S. 1149), die Frage aufgeworfen, ob

auch beim Absturz von Teilen des Gebäudes die Haftung des § 735 eintreten solle; der § 735 in seiner jetzigen Fassung rede nur von dem Einsturz eines Gebäudes. „Man war darüber einverstanden, daß auch beim Loslösen von Teilen eines Gebäudes der § 735 anwendbar sein soll; es werde Sache der Redaktionskommission sein, etwaige Zweifel in dieser Richtung durch eine entsprechende Fassung auszuschließen." Durch die Fassung, welche daraufhin der jetzige § 836 erhalten hat, ist somit die Geltung der Vorschrift in Ansehung einzelner Teile des Gebäudes nur noch besonders zum Ausdrucke gebracht worden. Ob, wie das Berufungsgericht ausführt, hierbei dem Worte „Ablösung" keine andere Bedeutung hat beigelegt werden sollen, als den Wörtern „Einsturz", „Absturz", und man den ersteren Ausdruck nur für das Niederstürzen und Loslösen einzelner Teile für bezeichnender gehalten hat, als den für ein ganzes Gebäude zutreffenden Ausdruck „Einsturz", oder ob nicht sachlich durch den Ausdruck „Ablösung" der Begriff über den Fall des Absturzes (der vollständigen Trennung des Teils vom Ganzen) hinaus erweitert werden sollte, darauf braucht hier nicht eingegangen zu werden. Überhaupt bedurfte es nicht einmal eines Zurückgreifens auf die Entstehungsgeschichte der Gesetzesbestimmung, um deren Anwendung auf den gegenwärtigen Fall zu rechtfertigen, da sich die Anwendbarkeit schon aus dem Wortlaute des Gesetzes unmittelbar ergibt.

Als Teile eines Gebäudes sind sicherlich im Sinne des Gesetzes wie nach allgemeinem Sprachgebrauch auch der Fußboden, die Decke, die Steinfliesen auf dem Boden anzusehen. Im gegebenen Falle hat sich ein solcher Gebäudeteil „abgelöst"; die morsch gewordenen Stücke des Holzbodens sind samt den darauf lagernden Fliesen aus- und durchgebrochen, haben sich also aus dem Gefüge und der Verbindung mit dem Gebäude getrennt, sogar vollständig vom Ganzen losgelöst, sofern die Stücke in den unteren Raum hinabgefallen sind. Mit dem Durchbrechen des Bodens ist freilich nur ein Loch in der Decke entstanden, während diese im übrigen an der Stelle blieb; aber jenes Durchbrechen geschah eben in der Weise, daß sich die Holzteile und Fliesen an der betreffenden Stelle ablösten, und es ist keineswegs Voraussetzung des § 836 B.G.B., daß ein bestimmter größerer oder für sich einheitlicher Gebäudeteil im ganzen — die ganze Mauer, die ganze Decke — einstürzt oder abstürzt. Die gesetzliche Vorschrift

trifft nicht bloß den völligen Zusammenbruch solcher Teile, sondern auch das Abstürzen einzelner Steine, Balken, Stuckbekleidungen u. dgl.

Vgl. auch Örtmann, Schuldverhältnisse, zu § 836 Bem. 3; Enneccerus u. Lehmann, Das bürgerliche Recht Bd. 1 § 364 S. 850; Endemann, Einführung ꝛc Bd. 2 § 73 Ziff. 2, 3./5. Aufl. S. 289.

Ganz auf dem Abwege befindet sich die Revision aber mit der Ausführung, daß die Klägerin nicht durch die schadhaften Gebäudeteile selbst, sondern durch den Sturz verletzt worden sei. Die Klägerin hat die Verletzung erlitten infolge der Ablösung von Teilen des Gebäudes, welche Ablösung eben ihren Sturz verursacht hat. Das genügt nach den, auch für den Fall des § 836 B.G.B. geltenden, allgemeinen Grundsätzen des Kausalzusammenhangs vollkommen, um die Ursächlichkeit jenes Ereignisses für den eingetretenen Unfall zu begründen. Die Haftpflicht des Gebäudebesitzers ist von dem Gesetze nicht darauf beschränkt, daß die Verletzung oder Beschädigung durch unmittelbare Einwirkung der einstürzenden, abstürzenden Gebäudeteile auf den menschlichen Körper, bezw. auf die Sache und lediglich durch die Berührung mit den sich ablösenden Stücken bewirkt wird; das Gesetz spricht von der Verletzung „durch den Einsturz eines Gebäudes", „durch die Ablösung von Teilen", nicht etwa von einer solchen durch das einstürzende Gebäude, durch sich ablösende Teile. Es ist, wenn ein Balkon oder eine Decke abstürzt, durchbricht, für die Anwendung des § 836 völlig einerlei, ob die herabfallenden Teile einen unten befindlichen Menschen treffen, oder ob der auf dem Balkon, der Decke Stehende mit abstürzt. Gleichgültig ist es auch für die Kausalität des Einsturzes oder der Ablösung, wenn hierzu das eigene körperliche Schwergewicht des Verletzten mit wirksam gewesen ist.

Den § 908 B.G.B. zieht die Revision mit Unrecht für ihre Auffassung herbei. Allerdings läßt sich aus den in dieser Gesetzesstelle gleichlautend mit dem § 836 gebrauchten Ausdrücken entnehmen, daß hier wie dort die betreffenden von einem Gebäude ausgehenden Ereignisse, so die Ablösung von Gebäudeteilen, im gleichen Sinne verstanden sind. Allein wenn es je richtig sein sollte, daß auf einen Fall der vorliegenden Art, wie die Revision meint, der § 908 keine Anwendung finden könnte, so würde das in keiner Weise einen Schluß gegen die Anwendbarkeit des § 836 rechtfertigen. Der § 908 B.G.B.

trifft in Anlehnung an den vorausgehenden § 836, aber nach einer anderen Richtung, auf dem Gebiete des Nachbarrechtes, eine Bestimmung, die dem Grundstückseigentümer Schutz gegen Gefahren gewährt, welche seinem Grundstück von einem Nachbargrundstück drohen.

Vgl. Protokolle der II. Kommission S. 3609; Mugdan, Materialien Bd. 3 S. 603.

Ob und inwieweit eine schädigende Einwirkung der Ablösung von Gebäudeteilen auf ein Nachbargrundstück möglich ist, wäre für den Fall des § 908 nach den besonderen Voraussetzungen dieser Gesetzesbestimmung zu beurteilen. Übrigens ist es auch ganz wohl denkbar, daß unter Umständen durch ein ähnliches Ereignis, wie das hier in Frage stehende, ein benachbartes Grundstück beschädigt werden könnte." . . .

---

64. Kann für einen nicht bevormundeten volljährigen Geisteskranken auf Grund des § 1910 Abs. 2 B.G.B. ein Pfleger bestellt werden?

IV. Civilsenat. Beschl. v. 6. Oktober 1902 in der E. E.'schen Pflegschaft S. Beschw.-Rep. IV. 270/02.

I. Vormundschaftsbehörde Hamburg.
II. Landgericht daselbst.

Die Frage ist bejaht aus folgenden

Gründen:

„Der Beschwerdeführer will gegen seine Ehefrau wegen Geisteskrankheit derselben auf Ehescheidung klagen. Behufs Durchführung des Scheidungsprozesses hat er bei der Vormundschaftsbehörde zu Hamburg beantragt, seiner Ehefrau gemäß § 1910 Abs. 2 B.G.B. einen Pfleger zu bestellen. Der Antrag ist von der Vormundschaftsbehörde abgelehnt, weil der Fall einer Pflegschaft gemäß § 1910 Abs. 2 nicht gegeben sei. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist vom Landgerichte Hamburg durch Beschluß vom 31. Juli 1902 zurückgewiesen. Dagegen ist weitere Beschwerde beim Oberlandesgerichte Hamburg eingelegt. Letzteres hat diese Beschwerde gemäß § 28 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit

dem Reichsgerichte vorgelegt, weil die von den Entscheidungen der Vorinstanzen abweichende Entscheidung des Kammergerichts zu Berlin vom 4. September 1900 — mitgeteilt in den Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, und des Grundbuchs, zusammengestellt im Reichsjustizamte Bd. 1 S. 133. 134 — vorliege; an diese sich anzuschließen, trage es Bedenken, vielmehr eigne es sich die Ausführungen des Landgerichts Hamburg in einer anderweit von letzterem ergangenen Entscheidung vom 24. Oktober 1900 an.

Das Rechtsmittel der weiteren Beschwerde ist gemäß § 27 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit zulässig.

Auch ist die Anwendbarkeit des § 28 Abss. 1 und 2 daselbst gegeben, da es sich um abweichende Auslegung der reichsgesetzlichen Vorschrift des § 1910 Abs. 2 B.G.B. handelt. Die vom Oberlandesgericht Hamburg in Bezug genommene Entscheidung des Landgerichts Hamburg vom 24. Oktober 1900 führt in ihrer Begründung aus: Der Abs. 1 des § 1910 B.G.B. lasse die Pflegschaft über nicht bevormundete Volljährige zu, welche infolge körperlicher Gebrechen schlechthin ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermögen; Abs. 2 daselbst spreche im Gegensatz dazu von Volljährigen, welche wegen körperlicher oder geistiger Gebrechen einzelne ihrer Angelegenheiten nicht besorgen können. Dieser Gegensatz zwischen Abss. 1 und 2 sei vom Gesetzgeber, wie die Wortfassung ergebe, als bewußter und gewollter hingestellt. Nach der Absicht des Gesetzes dürfe daher für einen nicht bevormundeten geisteskranken oder geistesschwachen Volljährigen, der im Sinne des § 6 B.G.B. seine Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit nicht zu besorgen vermöge, aus § 1910 Abs. 2 B.G.B. ein Pfleger nicht bestellt werden. Alsdann sei allein die Einleitung des Entmündigungsverfahrens und die in Verfolg dessen eintretende Bestellung eines Vormunds das gesetzliche Mittel, für den geistig Gebrechlichen einen gesetzlichen Vertreter zu beschaffen. Auch die Entstehungsgeschichte ergebe die Richtigkeit dieser Annahme. Das Kammergericht hält dagegen auch im Falle der Geisteskrankheit die Bestellung eines Pflegers aus § 1910 Abs. 2 B.G.B. für zulässig.

Letzterer Annahme ist beizupflichten. Bezüglich der Entstehungsgeschichte des § 1910 B.G.B. ergibt sich folgendes. Der erste Entwurf enthielt unter dem Titel Pflegschaft die dem jetzigen § 1910

Abs. 1 zu grunde liegende Bestimmung nicht. Vielmehr war dieselbe in dem Titel „Vormundschaft über Volljährige" im § 1727 des ersten Entwurfs gegeben. Nachdem im § 28 des ersten Entwurfs die Entmündigung einer des Vernunftgebrauchs beraubten Person vorgesehen worden, war unter dem Titel „Vormundschaft über Volljährige" im § 1726 zunächst angeordnet, daß der entmündigte Volljährige einen Vormund erhalten solle; sodann aber bestimmte in eben demselben Titel der § 1727, daß auch für taube, stumme oder blinde Volljährige vom Vormundschaftsgericht ein Vormund bestellt werden könne, wenn dieselben wegen eines solchen Gebrechens ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermögen; im § 1737 desselben Titels war die Bestimmung enthalten, daß das Vormundschaftsgericht, sobald die Entmündigung einer volljährigen Person beantragt sei, eine vorläufige Vormundschaft anordnen könne. Dagegen fand sich der dem jetzigen § 1910 Abs. 2 B.G.B. zu grunde liegende § 1739 des ersten Entwurfs damals schon unter dem Titel Pflegschaft mit folgender Fassung: „Ein Volljähriger, welcher durch seinen geistigen oder körperlichen Zustand ganz oder teilweise verhindert ist, seine Vermögensangelegenheiten zu besorgen, kann zur Besorgung dieser Angelegenheiten, soweit das Bedürfnis reicht, auch wenn die Voraussetzungen einer Bevormundung nach Maßgabe der §§ 1726. 1727. 1737 nicht vorliegen, einen Pfleger erhalten." Auch das Landgericht Hamburg erkennt in der angezogenen Entscheidung vom 24. Oktober 1900 an, daß nach Inhalt dieses § 1739 eine Pflegschaft bezüglich ihrer Vermögensangelegenheiten auch für Personen bestellt werden konnte, welche an und für sich wegen geistiger Gebrechen ihre Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit nicht zu besorgen vermögen, und daß eine Einschränkung auf Personen, welche überhaupt nur einzelne ihrer Angelegenheiten nicht besorgen können, im § 1739 nicht gewollt gewesen. Diese Auffassung wird in den Motiven zum ersten Entwurf vielfach ausdrücklich bestätigt. Hiernach soll einmal die Pflegschaft des § 1739 eintreten, wenn sich das Bedürfnis herausstelle, für einen Geisteskranken — also eine zur Besorgung ihrer Angelegenheiten schlechthin nicht befähigte Person — schon vor dem gestellten Entmündigungsantrage Fürsorge zu treffen.

Vgl. Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. 4 S. 663 am Anfang.

Eine ergänzende Funktion weisen ferner die Motive dem § 1739 zu, falls die gemäß § 1727 eintretende Vormundschaft über Taube, Blinde, Stumme nicht ohne Verzug eintreten könne. Auch in diesem Falle handelt es sich nach Inhalt des § 1727 um Personen, welche die Gesamtheit ihrer Angelegenheiten nicht zu besorgen vermögen.

Vgl. Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuche Bd. 4 S. 662 am Ende.

Endlich soll bei Personen, welche vermöge Geistesschwäche an der Besorgung ihrer eigenen Angelegenheiten verhindert sind, die Pflegschaft des § 1739 aushelfend eintreten.

Vgl. Mugdan, a. a. O. S. 653 am Anfang.

Ergibt sich hieraus mit voller Sicherheit, daß der dem jetzigen § 1910 Abs. 2 zu grunde liegende § 1739 Fürsorge auch für solche Personen treffen wollte, welche an sich ihre Angelegenheiten in ihrer Totalität nicht besorgen können, so ergibt sich aus den Materialien der zweiten Lesung mit ebensolcher Bestimmtheit, daß hieran durch die zweite Lesung im wesentlichen nichts geändert ist. Gegenüber der ersten Lesung verschafften sich in zweiter Lesung abweichende Gesichtspunkte nur in folgender Hinsicht Geltung. Die lediglich als Pflegschaft eintretende Fürsorge für den Geistesschwachen wurde als unzulänglich erkannt. Es wurde beschlossen auch bezüglich der Geistesschwachen unter den Kautelen des Entmündigungsverfahrens gleichwie bei Geisteskranken eine allgemeine Fürsorge für Person und Vermögen durch Bestellung eines Vormunds zuzulassen. Im Falle des § 1727 des ersten Entwurfs sodann sollte die Fürsorge nicht auf taube, stumme und blinde Personen beschränkt bleiben, sondern auf alle Personen ausgedehnt werden, welche wegen körperlicher Gebrechen ihre Angelegenheiten nicht zu besorgen vermögen. Auch sollte in diesem Falle nicht, wie im ersten Entwurfe, mit der Bestellung des gesetzlichen Vertreters beschränkte Geschäftsfähigkeit des körperlich Gebrechlichen eintreten, vielmehr sollte er an sich geschäftsfähig bleiben. Im Falle des § 1739 des ersten Entwurfs endlich sollte die dort vorgesehene Fürsorge durch Pflegschaft nicht bloß zur Besorgung von Vermögensangelegen-

heiten, sondern überhaupt zur Besorgung einzelner Angelegenheiten eintreten dürfen. Gegenüber der hierdurch neu geschaffenen Sachlage wurde erwogen, daß die für körperlich Gebrechliche, insbesondere Taube, Stumme, Blinde, hergestellte vormundschaftliche allgemeine Fürsorge in Wahrheit insofern nicht mehr mit dem Wesen der Vormundschaft übereinstimme, als mit der wirklichen Vormundschaft sonst eine Beschränkung der Geschäftsfähigkeit verbunden sei. In Rücksicht hierauf wurde beschlossen, diesen Fall seiner rechtlichen Bedeutung gemäß unter die Pflegschaft zu subsumieren, und wurde dementsprechend schließlich dieser Fall als Abs. 1 des § 1910 in den Titel Pflegschaft eingestellt.

Gemäß dieser Entstehungsgeschichte des § 1910 B.G.B. ist durch die nachträgliche Einschiebung des Abs. 1 keineswegs ein bis dahin unbekannter Gegensatz zwischen Abss. 1 und 2 dahin geschaffen worden, daß nach Abs. 1 die Fürsorge für Personen einzutreten hat, welche an und für sich ihre Angelegenheiten in ihrer Gesamtheit nicht zu besorgen vermögen, während unter Abs. 2 nur solche Personen begriffen sein sollten, welche überhaupt nur einzelne Angelegenheiten nicht zu besorgen vermöchten. Ein Gegensatz besteht nur darin, daß im Falle des Abs. 1 die Pflegschaft sich auf alle Angelegenheiten erstrecken, im Falle des Abs. 2 aber nur einzelne Angelegenheiten umfassen darf. Auch Geisteskranken und Geistesschwachen, welche im Sinne des § 6 B.G.B. ihre Angelegenheiten im allgemeinen nicht zu besorgen vermögen, kann daher gemäß § 1910 Abs. 2 B.G.B. ein Pfleger für einzelne Angelegenheiten bestellt werden, falls das praktische Bedürfnis im konkreten Falle nur eine solche beschränkte Vertretung verlangt. Bezüglich der Geistesschwachen ist dies überdies auch in zweiter Lesung ausdrücklich anerkannt worden. Gegenüber der Anregung, ob noch für den Geistesschwachen das Bedürfnis einer Pflegschaft gegeben sei, nachdem beschlossen worden, für denselben die allgemeine vormundschaftliche Fürsorge eintreten zu lassen, wurde von weiteren Anträgen Abstand genommen, da auch in diesen Fällen ein Bedürfnis für eine Pflegschaft vorliegen könne.

Vgl. Mugdan, Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 4 S. 1133 zu § 1739.

Die entwickelte Auffassung des § 1910 Abs. 2 B.G.B. steht bei sinngemäßer Auslegung dieser Vorschrift mit deren Wortfassung in vollem Einklang. Ohne eine solche Vorschrift würde sich im Rechtssystem eine Lücke ergeben. Nicht bloß für den Fall, daß sich nach gestelltem Entmündigungsantrage die Bestellung des gesetzlichen Vertreters verzögert. Die Fürsorge ist insbesondere auch dann geboten, wenn ein Entmündigungsantrag gar nicht gestellt wird; ein Fall, der vielfach dann eintreten wird, wenn es sich um geistige Gebrechen handelt, die in absehbarer Zeit Heilung versprechen." ...

---

65. Ist bei einer vor dem 1. Januar 1900 für ungültig erklärten Ehe, wenn beide Ehegatten als eheliche Eltern erachtet werden, die Frage, welchem Elternteile das Erziehungsrecht zukommt, nach dem bisherigen Rechte, oder nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen?

Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 207.

III. Civilsenat. Urt. v. 7. Oktober 1902 i. S. J. S. u. Gen. (Bekl.) w. K. (Kl.). Rep. III. 161/02.

I. Landgericht Stuttgart.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger und die Mitbeklagte J. S., beide evangelisch, hatten sich im Jahre 1898 geehelicht. Durch rechtskräftiges Urteil vom 25. Januar 1899 war die Ehe zwischen denselben wegen Irrtums des Klägers über die Virginität seiner Ehefrau für ungültig erklärt worden. Am 16. Mai 1899 hatte dieselbe ein Kind weiblichen Geschlechts geboren, welches sich zur Zeit bei ihr, bezw. ihrem Vater, dem Mitbeklagten J. S., befand. Der Kläger verlangte dasselbe kraft seines elterlichen Rechts heraus. Die Beklagten weigerten sich dessen.

Das Berufungsgericht entsprach dem Klagantrage, indem es ausführte: gemäß Art. 207 Einf.-Ges. zum B.G.B. bestimme sich die Ehelichkeit der Kinder aus Ehen, welche vor dem 1. Januar 1900

geschlossen und für nichtig oder ungültig erklärt seien, nach dem bisherigen Rechte. Nach dem hiernach zur Anwendung gelangenden württembergischen, bezw. gemeinen Rechte sei das Kind dem jedenfalls gutgläubigen Vater gegenüber als eheliches Kind anzusehen. Es könne übrigens auch unterstellt werden, daß auch die Mutter gutgläubig gewesen und somit als eheliche Mutter anzusehen sei. Denn gemäß Art. 203 Einf.-Ges. sei die Frage, welchem der als ehelich anzusehenden Elternteile die Erziehung des Kindes zukomme, nach neuem Rechte zu beurteilen, und nach diesem (§§ 1630—1634 B.G.B.) stehe das Erziehungsrecht gemeinschaftlicher ehelicher Kinder dem Vater zu. Eine abweichende Bestimmung könne zwar gemäß § 1666 B.G.B. getroffen werden, aber nicht vom Prozeß-, sondern nur vom Vormundschaftsgerichte. Die Ausnahmebestimmung des § 1635 für Kinder aus geschiedenen und (vgl. § 1700) aus nichtigen Ehen finde nur auf solche Ehen Anwendung, die nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossen worden seien. Das Kind sei hiernach dem Vater zuzusprechen.

Die von seiten der Beklagten gegen dieses Urteil eingelegte Revision wurde für begründet erachtet aus folgenden

Gründen:

... „Das Berufungsgericht gelangt zu dem Ergebnisse, daß, während sowohl das eventuell anwendbare bisherige Recht, das gemeine Recht,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 46, S. 168,

als das Bürgerliche Gesetzbuch (§ 1700 vgl. m. § 1635 Satz 1) der gutgläubigen Mutter eines Kindes aus einer ungültigen, bezw. nichtigen Ehe (vgl. Art. 198 Einf.-Ges.) auch dann, wenn beide Ehegatten gutgläubig und darum als eheliche Eltern anzusehen sind, unter bestimmten Voraussetzungen einen im Prozeßwege verfolgbaren Anspruch auf die Erziehung dieses Kindes gewähren, für die Übergangszeit der Mutter ein solches Recht nicht zustehe, während dieser Zeit vielmehr das Erziehungsrecht an Kindern aus ungültigen, bezw. nichtigen Ehen ebenso zu beurteilen sei, wie das Erziehungsrecht bei Fortdauer der Ehe. Schon dieses Ergebnis muß gegen die Auffassung des Berufungsgerichts Bedenken erregen; es kann sich nur die Frage erheben, ob dasselbe den Art. 207 verletzt, indem es rücksichtlich des Erziehungsrechts den Art. 203, also das neue Recht, zur Anwendung

bringt, oder den Art. 203, indem es die Anwendbarkeit der §§ 1700 und 1635 Satzes 1 B.G.B. für den vorliegenden Fall ausschließt.

Der Wortlaut und Inhalt des Art. 207 ergeben, daß das erstere der Fall ist. Der Artikel lautet:

„Inwieweit die Kinder aus einer vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs geschlossenen nichtigen oder ungültigen Ehe als eheliche Kinder anzusehen sind, und inwieweit der Vater und die Mutter die Rechte und die Pflichten ehelicher Eltern haben, bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen."

Hiernach erfolgt die Anwendung des bisherigen Rechts nicht nur für die Frage, ob und welchem Elternteile gegenüber die Kinder als eheliche Kinder zu gelten haben, sondern auch für die, inwieweit die Elternteile die Rechte und Pflichten ehelicher Eltern haben; es ist insbesondere die Anwendung des bisherigen Rechts nicht darauf beschränkt, ob die Elternteile solche Rechte haben, sondern auch auf die Frage ausgedehnt, inwieweit, in welchem Umfange sie solche haben, sei es gegenüber dem Kinde, sei es untereinander, sei es gegenüber dritten. Der Art. 207 bildet sonach rücksichtlich des Umfangs der Elternrechte eine Ausnahme von Art. 203, der allgemein vorschreibt, daß das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und einem vor dem 1. Januar 1900 geborenen ehelichen Kinde sich nach dem neuen Rechte bestimme. Es ist diese Ausnahme auch gerechtfertigt, weil auch das Bürgerliche Gesetzbuch (vgl. § 1635) die Rechte ehelicher Eltern nach getrennter Ehe zum Teil anders regelt, als die Rechte der Eltern bei Fortdauer der Ehe. Eben deshalb ist auch in Art. 206 bei Kindern aus geschiedenen Ehen gerade in betreff des Erziehungsrechts (der Fürsorge für die Person des Kindes) eine Ausnahme von Art. 203 statuiert, und Art. 207 enthält bezüglich der Elternrechte nicht eine Einschränkung des Art. 206, sondern eine Ausdehnung desselben auch auf sonstige Elternrechte. Diese Auffassung des Art. 207 wird auch durch die Motive zu Artt. 203 (121 des Entwurfs) und 207 (125 des Entwurfs) bestätigt, da einesteils (S. 291) auf die Ausnahmestellung des Art. 207 gegenüber dem Art. 203 hingewiesen, anderenteils (S. 296) besonders hervorgehoben ist, daß, wenn das bisherige Recht bezüglich der Ehelichkeit der Kinder aus ungültigen Ehen entscheidend sei, dieses auch als maßgebend erscheinen müsse für die Frage, „ob und wieweit dem Vater und der Mutter im Ver-

hältnisse zu einander und zu dem Kinde die Rechte und Pflichten ehelicher Eltern zukommen." Die eventuelle Anwendung des Art. 203 (worauf die Motive mit den Worten „im übrigen findet Anwendung" hinweisen) ist damit noch nicht völlig ausgeschlossen, z. B. rücksichtlich der Art der Ausübung der Elternrechte.

Hiernach hatte das Berufungsgericht die Frage, ob dem Vater, oder der Mutter im vorliegenden Falle das Erziehungsrecht zustehe, nach dem bisherigen Rechte, wie im Falle des Art. 206 Einf.-Ges., vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 46 S. 168,

zu prüfen, und ist demgemäß das Berufungsurteil aufzuheben, und, da ... noch nicht endgültig entschieden ist, ob der Mutter überhaupt die Rechte einer ehelichen Mutter zustehen, die Sache ... an das Berufungsgericht zurückzuverweisen." ...

---

66. **Kostenrechtliche Behandlung unzulässiger in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit beim Reichsgericht eingelegter Beschwerden.**

Gerichtskostengesetz vom $\frac{8. \text{ Juni } 1878}{29. \text{ Juni } 1881}$ §§ 45. 79. 80.

Gesetz, betr. Abänderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung, vom 17. Mai 1898 Art. IV.

V. Civilsenat. Beschl. v. 8. Oktober 1902 in der Grundbuchsache von Alt-L. Bd. 1 S. 46 des Grundbuchs. Beschw.-Rep. V. 160/02.

Aus den Gründen:

... „Der Antragsteller hatte gegen einen Beschluß des Oberlandesgerichts in Dresden, durch den eine bei diesem Gerichte eingelegte weitere Beschwerde wegen Formmangels als unzulässig verworfen worden war, weitere Beschwerde beim Reichsgerichte eingelegt. Letztere ist durch reichsgerichtlichen Ferienseatsbeschluß vom 29. Juli 1902 ebenfalls als unzulässig verworfen worden. Für diesen Beschluß ist von der Gerichtsschreiberei des Reichsgerichts auf Grund der §§ 45. 79. 80 G.K.G. vom $\frac{8. \text{ Juni } 1878}{29. \text{ Juni } 1881}$ eine Gebühr von 15 ℳ in Ansatz gebracht worden, deren Niederschlagung der Antragsteller verlangt. Dem Verlangen konnte nicht stattgegeben werden.

Allerdings bezieht sich das angeführte Kostengesetz nur auf Angelegenheiten der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit, während für die freiwillige Gerichtsbarkeit, soweit in ihrem Bereiche das Reichsgericht mit Entscheidungen befaßt wird, Art. IV der Novelle zum Gerichtsverfassungsgesetz und zur Strafprozeßordnung vom 17. Mai 1898 (R.G.Bl. S. 252) zur Anwendung kommt. Darnach sind in solchem Falle für die Berechnung der Kosten die landesgesetzlichen Vorschriften maßgebend; die erhobenen Kosten fließen jedoch in die Reichskasse. Vorausgesetzt ist dabei, daß gemäß der dem Rechtsmittel der weiteren Beschwerde in § 79 Abs. 2 der Grundbuchordnung und in § 28 Abs. 2 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gegebenen Konstruktion das Reichsgericht an Stelle des Oberlandesgerichts über die gegen einen landgerichtlichen Beschluß eingelegte weitere Beschwerde entscheidet. Der andere Fall, daß eine Entscheidung, die das Oberlandesgericht selbst auf weitere Beschwerde erlassen hat, mit einer beim Reichsgerichte eingelegten neuen weiteren Beschwerde angefochten wird, hat keine Berücksichtigung gefunden, weil ein solcher Instanzenzug gesetzlich nicht gegeben ist. Daraus folgt indessen keineswegs, daß wenn eine Partei gleichwohl das Reichsgericht mit einer solchen unzulässigen Beschwerde angeht, die Entscheidung darüber mangels einer den Fall treffenden kostengesetzlichen Vorschrift gebührenfrei erfolgen muß. Wie bereits in dem Beschlusse des III. Civilsenats des Reichsgerichts vom 27. November 1888,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 22 S. 415,

zutreffend ausgeführt ist, kommt es bei der Frage, ob ein nach den Vorschriften der Kostengesetze zu behandelnder Fall vorliegt, nicht auf das Vorhandensein der objektiven Voraussetzungen für die Anwendung einer Kostenvorschrift, sondern darauf an, ob dem Parteiantrage Behauptungen über die Zuständigkeit des von der Partei angerufenen Gerichts zu grunde liegen, die, wenn sie richtig wären, die Anwendung der Kostengesetze rechtfertigen würden. Nun hängt aber für das Gebiet des Grundbuchwesens und der freiwilligen Gerichtsbarkeit die Zuständigkeit des Reichsgerichts zur Entscheidung über eine weitere Beschwerde davon ab, daß das zu dieser Entscheidung in erster Linie berufene Oberlandesgericht die Voraussetzungen für ein Eingreifen des Reichsgerichts als gegeben ansieht und auf Grund seiner hierüber zu

fassenden Entschließung die weitere Beschwerde dem Reichsgerichte vorlegt. Eine weitergehende Zuständigkeit des letzteren, insbesondere eine solche, vermöge deren der höchste Gerichtshof auch zur Entscheidung über weitere Beschwerden, die sich gegen die Entscheidungen der Oberlandesgerichte richten, berufen wäre, ist ausgeschlossen; sie besteht nur im Bereiche der streitigen Gerichtsbarkeit. Wendet sich daher eine Partei mit einer Beschwerde letzterer Art an das Reichsgericht, so bringt sie damit zum Ausdrucke, daß sie eine Entscheidung im civilprozessualisch geordneten Verfahren herbeiführen wolle. Sie muß daher auch die Anwendung der hiernach Platz greifenden kostengesetzlichen Vorschriften gegen sich gelten lassen." ...

---

67. Können als Kassageschäfte sich darstellende Geschäfte Differenzgeschäfte sein?

I. Civilsenat. Urt. v. 8. Oktober 1902 i. S. Sch. (Bekl.) w. Gebr. R. (Kl.). Rep. I. 145/02.

I. Landgericht Kassel, Kammer für Handelssachen.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte hatte seit Ende Januar 1899 durch die Klägerin, welche dabei dem Beklagten gegenüber als Selbstkontrahentin eingetreten war, eine Reihe von Zeit- und Kassageschäften in Börseneffekten an der Berliner Börse gemacht. Die Kontoabschlüsse per 1. Juli 1899 und 1. Januar 1900 wurden vom Beklagten anerkannt. Nach Abrechnung vom 22. Oktober 1900 verblieb zu gunsten der Klägerin ein Saldo von 3683,90 ℳ, auf dessen Zahlung nebst Zinsen die Klage gerichtet war. Beklagter beantragte Klagabweisung, weil die in der Abrechnung behandelten Termingeschäfte in Ermangelung der Eintragung der Parteien ins Börsenregister unklagbar seien, soweit es sich aber um Kassageschäfte handle, die Absicht der Parteien — wie übrigens auch bei den Termingeschäften — nicht auf effektive Lieferung, sondern lediglich auf Auszahlung der Differenz zwischen dem Ein- und Verkaufspreise gerichtet gewesen sei. Klägerin bestritt,

daß die Zeitgeschäfte Börsenterminegeschäfte im Sinne des Börsengesetzes gewesen seien, und daß Gegenstand der Zeit- und Kassageschäfte nur die Differenz zwischen Ein- und Verkaufspreis gebildet habe. Das Landgericht trat jedoch in beiden Punkten dem Beklagten bei und wies die Klage ab. Hiergegen legte Klägerin Berufung ein, und sie beantragte nunmehr unter Ausscheidung der Zeitgeschäfte nur, den Beklagten zur Zahlung von 3638,20 ℳ nebst Zinsen zu verurteilen. Diesem Antrage entsprach das Berufungsgericht.

Die Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Der Senat hält an der von ihm in den Entscheidungen vom 4. Januar und 8. März dieses Jahres Rep. I. 292/01 und 393/01 ausgesprochene Ansicht in Bezug auf die Behandlung des Differenzeinwandes bei Kassageschäften fest. Danach formuliert § 764 B.G.B. nur das bisher geltende Recht, und es ist somit für den Begriff des Differenzgeschäfts nach altem, wie nach neuem Rechte an sich wesentlich der Unterschied zwischen dem vereinbarten Preise und dem Börsen- und Marktpreise der Lieferungszeit. Die erwähnte gesetzliche Bestimmung ist daher unmittelbar auf Kassageschäfte nicht anwendbar, sondern nur auf Zeitgeschäfte, bei denen um die Differenz des vereinbarten Preises mit dem Preise der fingierten Lieferungszeit gespielt wird. Solchen Geschäften müssen aber nach der Absicht des Gesetzes gleichgestellt werden sogenannte Kassakäufe, bei denen die Kontrahenten ebenfalls darüber einig sind (oder doch die Absicht des einen Teils erkennbar war), daß in Wirklichkeit das gehandelte Papier nicht gekauft werde, sondern dem angeblichen Käufer oder Einkaufskommittenten nur der unmittelbar nach dem Vertrage notierte Börsenpreis belastet und später der Börsenpreis eines angeblichen Verkaufstages gutgeschrieben werden sollte. Eine solche Vereinbarung wäre ein reiner Spielvertrag und daher schon nach § 762 B.G.B. (bezw. den allgemeinen, den Spielvertrag betreffenden Regeln des alten Rechts) klaglos. Die Annahme, daß unter dem Scheine eines abgeschlossenen Börsengeschäfts eine Vereinbarung, nach der lediglich um die Differenz von Preisen gespielt wird, hat getroffen werden sollen, liegt aber beim Zeitgeschäfte sehr viel näher, wie beim Kassageschäfte, weil sich bei ersterem die Spielabsicht ohne weiteres durch Ziehung der Differenz zwischen dem Preise der Abschluß- und dem der Lieferungszeit reali-

sieren läßt, während beim einfachen Kassageschäfte der hierzu erforderliche zweite Faktor fehlt, da es unwahrscheinlich ist, daß die Bestimmung einer entsprechenden Zeit der Willkür eines der beiden Kontrahenten überlassen wird. Während daher beim Zeitgeschäfte häufig schon die offenbare Absicht des Käufers, die angeblich gekaufte Ware nicht abzunehmen, die Vermutung eines Spielvertrags begründen kann, genügt dieses Anzeichen für die gleiche Vermutung beim Kassageschäfte keineswegs, sondern es müssen weitere Umstände hinzutreten, die erkennen lassen, daß und in welcher Weise die Spielabsicht realisiert werden soll. Als ein solcher Umstand, der eine gleiche Behandlung des betreffenden Kassageschäfts in Bezug auf den Differenzeinwand, wie die des Zeitgeschäfts rechtfertigen würde, müßte z. B. die mit Kassageschäfte verbundene Vereinbarung gelten, daß die gekaufte Ware unter Kreditierung des Kaufpreises an einem bestimmten Tage für Rechnung des Käufers wieder verkauft werden sollte. Fehlt es aber an dieser oder einer ähnlichen zur Realisierung der Spielabsicht an sich notwendig erscheinenden Vereinbarung, so genügen solche Umstände, wie Unzulänglichkeit des Vermögens des Käufers zur effektiven Abnahme, oder Unvereinbarkeit des Lebensberufs mit gewerbsmäßigem Börsenhandel, nicht, um die Annahme der Simulation des abgeschlossenen Kassageschäfts zu begründen, vielmehr ist der Beweis hierfür in anderer Weise zu erbringen. Zuzugeben ist der Revision freilich, daß auch das ernstlich gemeinte Kassageschäft Gelegenheit zu leichtfertiger Spekulation und zu einem Differenzhandel im Sinne des § 240 Nr. 1 K.O.,

vgl. Entsch. des R.'G.s in Strafs. Bd. 1 S. 282, Bd. 22 S. 12,

bietet. Allein um deswillen kann es, auch wenn im konkreten Falle die Absicht des Börsenspiels im weiteren Sinne obgewaltet hat, nicht als klagloses Differenzgeschäft oder als Spiel im Sinne der §§ 764. 762 B.G.B. behandelt werden.

Das Berufungsgericht hat nun im vorliegenden Falle nach den Umständen des Falls die Überzeugung gewonnen, daß die Absicht beider Parteien auf wirkliche Käufe und Verkäufe, nicht bloß auf Belastung und Gutschreibung fiktiver Preise gerichtet gewesen ist. Ein Rechtsirrtum liegt dieser Annahme nicht zu grunde, denn in der Tat sprechen die entscheidenden Umstände für die Ernstlichkeit der

Geschäfte, und die Behauptung der Simulation wird durch keine ins Gewicht fallende Momente unterstützt.

Es handelt sich ausschließlich um Kassakäufe und Verkäufe, die die Beklagte der Klägerin aufgetragen hat. Die Natur der kommittierten Geschäfte als Kassageschäfte im Sinne der eingangs erwähnten Entscheidungen wird dadurch nicht in Frage gestellt, daß Klägerin dem Beklagten den von ihr verauslagten Kaufpreis gegen Zurückbehaltung der gekauften Papiere einstweilen stundete. Darauf kommt es an, daß Klägerin beauftragt war, per Kasse, d. h. zu sofortiger Lieferung gegen sofortige Zahlung zu kaufen, bezw. zu verkaufen, und diesen Auftrag ausgeführt hat. Ob sie ihrem Kommittenten bei Erledigung des Kommissionsverhältnisses Kredit gewährte, ist für die Natur des kommittierten Geschäfts gleichgültig. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob Klägerin diesen Kredit, ohne dazu verpflichtet zu sein, gewährt hat, oder ob sie nach den Umständen des Geschäftsverhältnisses für verpflichtet erachtet werden mußte, dem Beklagten auf Wunsch eine angemessene Frist zur zweckentsprechenden Abwicklung der Spekulation und zur Tilgung seiner Schuld mit den hierdurch erhaltenen Mitteln einzuräumen. Ebensowenig ist es für die Natur des Kassageschäfts erheblich, daß die Papiere vorläufig im Gewahrsam des Kommissionärs der Klägerin in Berlin liegen geblieben sind. Entscheidend ist, daß sofortige Lieferung hätte verlangt werden können.

Bei den Käufen ist keinerlei Vereinbarung in Bezug auf eine künftige Wiederveräußerung der zu kaufenden Papiere getroffen worden. Letztere stand völlig im Belieben des Beklagten, der auch tatsächlich zu jedem Verkaufe speciellen Auftrag erteilt hat. Verkauft ist andererseits nichts, was nicht durch vorherigen Ankauf zu seiner Verfügung stand. Dem Beklagten ist nicht nur vor der Ausführung jedes einzelnen Auftrags sofort Anzeige gemacht, sondern es ist ihm mit den halbjährigen Abrechnungen auch stets ein Verzeichnis der Papiere, die für ihn in Depot lagen, mit der Überschrift: „Sie haben am 30. Juni (31. Dezember ꝛc) c. bei uns auf Stücke — Konto gut“ erteilt worden. Die auf diese Papiere einkassierten Zinsen und Dividenden sind ihm in den bis auf die letzte von ihm ausdrücklich anerkannten Abrechnungen gutgeschrieben.

Alle diese Umstände gestatten kaum einen Zweifel darüber, daß

es sich um ernstlich gemeinte Geschäfte handelt. Ihnen gegenüber hat der Vorderrichter mit Recht kein Gewicht auf das behauptete Mißverhältnis des Umfangs der Geschäfte zu dem Vermögen des Beklagten gelegt. Auch daraus läßt sich für die Annahme der Simulation nichts herleiten, daß Klägerin sich in Gemäßheit des § 3 Abs. 2 des Depotgesetzes vom 5. Juli 1896 bei jedem einzelnen Auftrage zum Kaufe von der Verpflichtung der Übersendung eines Stückverzeichnisses hat entbinden lassen, da ein solcher Verzicht, wie der Vorderrichter feststellt, übrigens auch allgemein bekannt ist, einer weit verbreiteten und auf Zweckmäßigkeitsgründen beruhenden Übung entspricht. Angesichts dieses Verzichtes aber war Klägerin in der Lage, gleichfalls ihren Kommissionären gegenüber auf Nummernaufgabe verzichten zu können und die Stücke in Berlin in der Weise in Verwahrung nehmen zu lassen, daß ihr nicht individuell bestimmte, sondern nur Stücke derselben Gattung geliefert zu werden brauchten." ...

---

68. Können als Kassageschäfte sich darstellende Geschäfte Differenzgeschäfte sein?

I. Civilsenat. Urt. v. 8. Oktober 1902 i. S. K. u. L. (Bekl.) w. S. (Kl.). Rep. I. 144/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Kläger S., welcher Redakteur einer Eisenbahnzeitung war, verlangte mit der Klage von der Beklagten, einer Bankfirma, Rückzahlung des Restes seines Depots mit 4671,70 ℳ nebst Zinsen. Die Beklagte beantragte Abweisung der Klage und trug vor, daß sie dem Kläger am 5. und 9. Juni 1899 für je 30000 ℳ Laurahütte und Harpener Bergwerksaktien geliefert, und nachdem sie ihn wiederholt vergeblich zur Zahlung des Kaufpreises aufgefordert und die Position bis Ende August 1899 „durchgehalten" habe, die Papiere im Wege des Selbsthilfeverkaufs veräußert habe. Hieraus stehe ihr eine größere Gegenforderung gegen den Kläger zu. Der Kläger entgegnete, daß

es sich bei dem Kauf der bezeichneten Aktien um Börsentermingeschäfte und um Differenzgeschäfte gehandelt habe. Das Landgericht wies die Klage ab, wogegen auf die Berufung des Klägers das Kammergericht die Beklagte nach dem Klagantrage verurteilte. Die Revision ist zurückgewiesen.

Aus den Gründen:

... „Die Entscheidung des Kammergerichts wird ausreichend durch die Feststellung getragen, daß dem Anspruch der Beklagten gegen den Kläger auf Zahlung eines Passivsaldos von 4671,70 ℳ Spielgeschäfte zu grunde liegen, welchen nach § 578 A.L.R. I. 11 die Klagbarkeit versagt ist, wegen welcher Beklagte auch keine Befriedigung aus dem Depot des Klägers beanspruchen kann.

Die gegen diese Feststellung gerichteten Angriffe der Revisionsklägerin erscheinen als unbegründet. Das Kammergericht hat in tatsächlicher Hinsicht erwogen, daß der Kläger, welcher Redakteur und Verleger der Eisenbahnzeitung in M. ist, beruflich mit der Börse nichts zu tun habe, daß er nur über ein geringes Vermögen zu verfügen hatte, welches mit den eingegangenen Engagements in keinem Verhältnis stand, daß weder er noch die Beklagte an eine reelle Abwicklung dieser Geschäfte dachten, daß die angeblich für den Kläger gekauften Aktien ihm nie geliefert wurden, daß ihm entgegen der Vorschrift des § 3 des Bankdepotgesetzes niemals die Nummern der Stücke angegeben wurden, und daß auch Beklagte selbst die Aktien niemals für den Kläger angeschafft, sondern lediglich einen Anspruch gegen die Bank des Berliner Kassenvereins auf Lieferung von Aktien gleicher Art gehabt habe. Das Kammergericht hat weiter verwertet, daß obwohl die beiden Ankaufsordres auf Anschaffung der Effekten gegen Kasse lauteten und die Beklagte daher nach der erfolgten Anschaffung vom 5. bezw. 9. Juni die Abnahme der Effekten erwarten mußte, sie beide Rechnungen doch von vornherein so ausstellte, daß die Valuta auf ultimo Juni berechnet wurde, indem sie den Kläger im voraus mit den Kreditzinsen bis zu diesem Zeitpunkte belastete. Auf Grund dieser tatsächlichen Feststellungen folgerte das Kammergericht, daß der Kläger, obwohl reine Differenzgeschäfte nicht vorlägen, da die Geschäfte nicht in Form von Lieferungskäufen gekleidet, sondern die Form der Kassageschäfte gewählt sei, dennoch nur spielen wollte, daß ihm nur daran lag, daß die von ihm be-

orderten Geschäfte in einer Weise zur Entwicklung gelangten, welche ihn zur Abnahme der gekauften Effekten nicht zwang, vielmehr nur in den Büchern der Beklagten zum Ausdruck gelangte, während er durch einen formellen Verkaufsauftrag wieder ein Geschäft abschließen wollte, bei welchem in gleicher Weise ohne effektive Erfüllung eine Gegenoperation bewirkt werden sollte, die für ihn dann nur in dem buchmäßig ergebenden Gewinn oder Verlust Bedeutung haben sollte. Daß diese Absicht des Klägers der Beklagten bekannt war, wird aus den gegebenen Umständen mit Sicherheit geschlossen.

Diese Erwägungen erscheinen jedenfalls in dem für die Entscheidung ausschlaggebenden Punkte, daß nämlich die Parteien bei den in Frage stehenden Geschäften lediglich spielen wollten und lediglich gespielt haben, zutreffend. Ihre Richtigkeit wird über jeden Zweifel erhoben, wenn man die von dem Kammergericht nicht besonders gewürdigte Abrechnung per ultimo Juni in Betracht zieht. Diese Abrechnung, welche in den Vorinstanzen tatsächlich klargestellt und insbesondere auch in dem Gutachten des Sachverständigen erörtert ist, erfolgte in der Weise, daß die Beklagte den Wert der Papiere am 30. Juni mit den Preisen in den Fakturen vom 5. und 9. Juni verglich und die Differenz im Betrage von 4688,40 ℳ dem Kläger belastete. Die Belastung erfolgte, wie die Beklagte dem Kläger unterm 30. Juni mitteilte, in der Weise, daß sie 4688,40 ℳ Val. dato „zu gunsten des Separatkontos" in das Debet des Conto ordinario übertrug. Gleichzeitig berechnete sich die Beklagte im voraus die Zinsen aus diesem Schuldposten bis ultimo Juli mit $6\frac{3}{4}$ Prozent. Aus dieser der Revisionsklägerin in der mündlichen Verhandlung vorgehaltenen Abrechnung ergibt sich klar, daß Vertragsgegenstand lediglich die Differenz war, über welche der Kurs zu ungunsten des Klägers entschieden hat. Die Differenz wurde deshalb als endgültiger Schuldposten am 30. Juni in das Debetkonto des Verlierenden eingetragen. Nicht um den Umsatz von Wertpapieren gegen Geld oder Geldeswert handelte es sich für die Parteien; das Kaufgeschäft war nur die Form, hinter welcher sich das Spiel um die Differenz zwischen dem Preise am Tage der Fakturaausstellung und dem Ultimopreise verbarg. Für die Beklagte entstand aus diesen Spielgeschäften mit dem Kläger nach der angeführten Bestimmung des Allgemeinen preußischen Landrechts keine klagbare Forderung. Sie war nicht berechtigt,

sich für ihre Ansprüche aus solchen Geschäften aus dem Depot des Beklagten bezahlt zu machen.

Bei dieser Auffassung steht der Senat durchaus im Einklange sowohl mit seinen früheren für das Gebiet des preußischen Rechts ergangenen Erkenntnissen,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 30 Nr. 65 S. 214 flg. und Bd. 34 Nr. 64 S. 264 flg.,

als auch mit den (in der Juristischen Wochenschrift Jahrgang 1902 S. 257 flg. mitgeteilten) neueren Entscheidungen vom 4. Januar und 8. März 1902, Rep. I. 292/01 und 393/01." ...

---

69. Wird der Hypothekengläubiger, wenn das eingetragene Darlehn nicht gegeben und deshalb die Hypothek vom Eigentümer erworben ist, dadurch an der Bewilligung der Löschung oder an der Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verhindert, daß die Hypothek zu gunsten eines Dritten gepfändet und diesem überwiesen ist?

B.G.B. §§ 875. 1183.
G.B.O. § 27.
C.P.O. § 99 Abs. 3.

V. Civilsenat. Beschl. v. 8. Oktober 1902 i. S. G. (Kl.) w. H. (Bekl.). Beschw.-Rep. V. 201/02.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Im Grundbuche von E. war auf den Grundstücken des Klägers für den Beklagten aus der Schuldurkunde vom 31. August 1901 eine Darlehnshypothek von 8000 ℳ nebst Zinsen eingetragen. Auf das Darlehn wurden 3000 ℳ nicht gezahlt und sollten auch nicht gezahlt werden. Da Beklagter der Aufforderung des Klägers, bezüglich der 3000 ℳ Löschungsbewilligung zu erteilen, nicht nachkam, beantragte Kläger den Beklagten hierzu zu verurteilen. Beklagter glaubte nämlich die Löschung nicht bewilligen zu dürfen, ohne sich dem Kreditverein in L. regreßpflichtig zu machen, für welchen in Höhe einer ihm gegen

den jetzigen Kläger zustehenden vollstreckbaren Forderung von 2300 ℳ nebst Zinsen und Kosten durch amtsgerichtlichen Beschluß vom 17. Februar 1902 unter anderen: „die dem Schuldner gegen den Wirt und Bäckermeister Friedrich H. in E. (Beklagten) zustehenden Hypotheken- und Zinsforderungen" gepfändet und welchem sie zugleich zur Einziehung überwiesen worden waren. Als im Laufe des Prozesses die Pfändung aufgehoben wurde, trat Beklagter auf Verlangen des Klägers die 3000 ℳ an einen Dritten ab. In der mündlichen Verhandlung erklärte Kläger, daß die Klage in der Hauptsache erledigt sei, und beantragte, dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Letzterer bat um Verurteilung des Klägers in die Kosten. Dem Kläger wurden die Kosten durch Urteil auferlegt, weil Beklagter Anlaß zur Klage nicht gegeben habe. Auf die sofortige Beschwerde der Klägers wurden die Kosten dem Beklagten auferlegt. Hiergegen war die weitere Beschwerde des Beklagten gerichtet mit dem Antrage, den Beschluß des Oberlandesgerichts aufzuheben und die Beschwerde des Klägers zurückzuweisen. Die weitere Beschwerde ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, der Beklagte habe insofern Anlaß zur Klage gegeben, als durch den Pfändungsbeschluß seine Verpflichtung, der Berichtigung des Grundbuchs, sei es durch Ausstellung eines öffentlichen Anerkenntnisses, daß die Schuld in Höhe der 3000 ℳ nicht bestehe, sei es durch Erteilung einer Löschungsbewilligung oder durch Cession an einen Dritten zuzustimmen, nicht berührt, ihre Erfüllung also nicht verhindert worden sei. Es begründet dies in der Richtung, daß der Anspruch des Klägers an den Beklagten, wie er bestanden habe, nicht gepfändet worden sei, und daß der Anspruch des Klägers an den Beklagten, wie er gepfändet worden sei, nicht bestanden habe. Gepfändet sei nämlich eine Hypothekenforderung des Klägers an den Beklagten, Beklagter sei aber nicht Hypothekenschuldner des Klägers, sondern dieser sei Hypothekenschuldner des Beklagten gewesen. Die Hypothek sei allerdings in Höhe von 3000 ℳ nicht zur Entstehung gelangt, daher Eigentümerhypothek geworden; dadurch sei Beklagter aber nicht Schuldner des Klägers geworden, sondern Kläger habe nur einen Berichtigungsanspruch gegen den Beklagten gemäß § 894 B.G.B. erworben. Der Gegenstand der

Pfändung sei also nicht richtig bezeichnet. Er entbehre auch der erforderlichen Bestimmtheit, da weder der Betrag der gepfändeten Hypothekenforderung, noch angegeben sei, wann sie entstanden und wo sie eingetragen sei. Der Beklagte habe die Pfändung nicht auf einen Anspruch anderer Art erstrecken müssen, als in dem Pfändungsbeschlusse zum Ausdruck gebracht sei. Wennschon dieser Grund ausreicht, um den Beschluß des Beschwerdegerichts zu tragen, so kommt noch hinzu, daß der Beklagte auch dann, wenn der Pfändungsbeschluß der wirklichen Sachlage entsprochen hätte, dadurch nicht verhindert worden wäre, die Löschung der Hypothek in dem Betrage von 3000 ℳ zu bewilligen. Hätte der Beklagte diese Bewilligung erteilt oder der Berichtigung des Grundbuchs in anderer Weise zugestimmt, so würde dadurch für die Pfändung der Eigentümerhypothek des Klägers gerade die notwendige Grundlage geschaffen sein. Es würde damit keineswegs die Hypothek aufgehoben oder darüber in anderer Weise zum Nachteile des Pfändungsgläubigers verfügt worden sein. Zur Aufhebung der Hypothek war die Zustimmung des Eigentümers erforderlich, und nur der Eigentümer konnte über die ihm angefallene Hypothek verfügen. Eigentümer war aber der Kläger. Gegen diesen hatte sich also das Verbot zu richten, sich jeder Verfügung über die Hypothekenforderung, insbesondere ihrer Aufhebung durch Bewirkung ihrer Löschung und ihrer Abtretung an einen Dritten zu enthalten. Dadurch, daß tatsächlich dem Beklagten als dem Drittschuldner untersagt ist, an den Kläger zu zahlen, ist also nichts geschehen, was den Beklagten zur Abweisung des Anspruchs des Klägers auf Erteilung der Löschungsbewilligung berechtigen konnte. Der Beklagte hat demnach durch seine Weigerung Veranlassung zur Klage gegeben, und es fallen ihm, nicht dem Kläger die Kosten des Rechtsstreits zur Last, weil er hätte klagegemäß verurteilt werden müssen, wenn der Rechtsstreit durch Urteil entschieden wäre (§§ 91. 93 C.P.O.)."

---

70. Steht dem Grundstückseigentümer gegen die dingliche Klage eines auf Grund einer Abtretung eingetragenen Hypothekengläubigers der Einwand der Rechtshängigkeit aus einem vor der Abtretung anhängig gewordenen Prozesse zu, in welchem er als Besteller der

Hypothek gegen den Rechtsvorgänger des Klägers als den ursprünglichen Gläubiger das Nichtbestehen der Hypothek aus dem ihr zu grunde liegenden persönlichen Schuldverhältnis durch Klage oder Widerklage geltend gemacht hat?

Identität des Anspruchs?

C.P.O. §§ 263 Abs. 2 Nr. 1. 265. 266 Abs. 2. 148.

V. Civilsenat. Urt. v. 8. Oktober 1902 i. S. L. (Bekl.) w. N. (Kl.). Rep. V. 207/02.

I. Landgericht Görlitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Der Kläger erhob als eingetragener Gläubiger einer auf den dem Beklagten gehörigen Grundstücken haftenden Hypothek von 9000 ℳ Klage mit dem Antrage,

den Beklagten zu verurteilen, zur Vermeidung der Zwangsvollstreckung in die Pfandgrundstücke 9000 ℳ nebst $4^1/_2$ % Zinsen seit dem 1. April 1901 zu zahlen.

Die Hypothek war ursprünglich für den Bäckermeister K. aus dem Vertrage vom 31. August 1898, durch welchen dieser die gedachten Grundstücke an den Beklagten verkaufte, eingetragen und am 1. April 1901 von K. an den Kläger abgetreten worden.

Der Beklagte erhob unter Verweigerung der Verhandlung zur Hauptsache den Einwand der Rechtshängigkeit, der sich auf folgendes stützte:

In einem noch anhängigen und schon vor Abtretung der Hypothek an den Kläger vor dem Landgericht in G. anhängig gewordenen Prozeß hatte K. gegen den Beklagten auf Zahlung von Zinsen der Hypothek von 9000 ℳ sowie einer vor dieser aus demselben Kaufvertrage eingetragenen Hypothek von 12000 ℳ Klage erhoben, und der Beklagte dagegen geltend gemacht, daß der Kaufvertrag vom 31. August 1898 wegen Betrugs ungültig sei, und Widerklage erhoben auf Verurteilung des K. zur Anerkennung der Ungültigkeit des Vertrages, zur Rückgewähr des aus diesem Vertrage an ihn Geleisteten und zur Einwilligung in die Löschung der beiden Kaufgeldhypotheken.

Das Gericht erſter Inſtanz verwarf die Einrede der Rechtshängigkeit, die Berufung des Beklagten wurde zurückgewieſen.

Auch die Reviſion iſt zurückgewieſen worden, aus folgenden

Gründen:

„Der Berufungsrichter verſagt dem Beklagten den Einwand der Rechtshängigkeit, weil es an der Identität des mit der gegenwärtigen Klage verfolgten Anſpruchs und des im Vorprozeß durch Erhebung der Widerklage anhängig gewordenen Anſpruchs fehle. Der Mangel der Identität der in Rede ſtehenden Anſprüche ergibt ſich ſchon daraus, daß der Kläger die dingliche Klage erhoben und zu deren Begründung geltend gemacht hat, daß er die Hypothek in gutem Glauben an die Richtigkeit des Grundbuchs erworben habe. Es würde alſo, wenn inzwiſchen im Vorprozeß nach den Anträgen der Widerklage rechtskräftig erkannt worden wäre, der Einwand der Rechtskraft der gegenwärtigen Klage nicht entgegenſtehen; und ſelbſt eine nur präjudizielle Bedeutung im Sinne des § 148 C.P.O. könnte dem durch die Widerklage im Vorprozeß zwiſchen K. und dem Beklagten anhängig gewordenen Rechtsſtreit nicht unbedingt, ſondern nur für den Fall beigemeſſen werden, daß dem Kläger der Glaube des Grundbuchs nicht zu ſtatten käme. Ob aber dem Kläger dieſer gute Glaube zu ſtatten kommt, iſt eine Frage, die den Klagegrund ſelbſt betrifft, gegen den alſo auch die unter Eid geſtellte Behauptung des Beklagten: Kläger habe beim Erwerb der Forderung von dem Vorprozeß und der dort erhobenen Widerklage Kenntnis gehabt, ſich richtet. Die fehlende Identität des hier verfolgten mit dem im Vorprozeß anhängigen Anſpruchs kann durch dieſen Rechtsbehelf nicht erſetzt, vielmehr nur der Boden für eine gemäß § 148 C.P.O. anzuordnende Ausſetzung der Verhandlung geſchaffen werden.“ . . .

---

71. 1. Bleiben für das Rücktrittsrecht des Gläubigers von einem vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Geſetzbuchs geſchloſſenen Vertrage infolge eines nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Geſetzbuchs eingetretenen Leiſtungsverzugs des Schuldners die bisherigen

Gesetze maßgebend, oder bestimmt sich dieses Rücktrittsrecht nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs?
Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 170.
2. Voraussetzungen des Rücktrittsrechts des Gläubigers von einem Vertrage infolge Leistungsverzugs des Schuldners nach gemeinem Recht.
3. Über § 255 C.P.O.

III. Civilsenat. Urt. v. 10. Oktober 1902 i. S. L. (Kl. u. Widerbekl.) w. B. (Bekl. u. Widerkl.). Rep. III. 226/02.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

... „Dagegen ist der Revision darin beizustimmen, wenn dieselbe in der mündlichen Verhandlung auch darauf gestützt worden ist, daß durch das Berufungsurteil die Widerklage im Falle der beklagtischen Eidesleistung auch insofern zugesprochen wurde, als dem Kläger zur Befriedigung des beklagtischen Anspruchs eine Frist von vier Wochen von Rechtskraft des Urteils an gerechnet gesetzt worden ist. Das Berufungsgericht hat diese Entscheidung begründet durch Bezugnahme auf § 255 C.P.O. und § 325 Abs. 2. § 326 B.G.B. Dasselbe geht also davon aus, daß in einem Falle wie dem vorliegenden, in welchem das Schuldverhältnis, nämlich der zwischen W.[1] und dem Beklagten abgeschlossene Kaufvertrag, am 13. Oktober 1899, also vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs, entstanden und der Verzug des Schuldners erst nach diesem Zeitpunkte (vorliegend am 4. Oktober 1900) eingetreten ist, für die Wirkungen dieses Leistungsverzugs in Bezug auf das Rücktrittsrecht des Gläubigers nicht die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben, sondern daß sich diese Wirkungen nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestimmen. Diese Entscheidung enthält eine nicht richtige Anwendung des Art. 170 Einf.-Ges. zum B.G.B., nach welchem für ein Schuldverhältnis, das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entstanden ist, die bisherigen Gesetze maßgebend bleiben. Danach sind also auch die Wirkungen

[1] In dessen Rechte und Verpflichtungen war Kläger eingetreten. D. E.

eines nach diesem Zeitpunkte eingetretenen Leistungsverzugs hinsichtlich des Rücktrittsrechts des Gläubigers in Bezug auf ein vor diesem Zeitpunkt entstandenes Schuldverhältnis nach den bisherigen Gesetzen zu beurteilen, da insoweit eine Ausnahme von dem Grundsatz des Art. 170 im Einführungsgesetze nicht gemacht worden ist. In dieser Hinsicht geben die Motive dem Art. 103 des ersten Entwurfs eines Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche (identisch mit Art. 170 Einf.-Ges.) die Auslegung, daß zwar einerseits nach dem bisherigen Rechte sich insbesondere der Inhalt und Umfang eines Rechtsgeschäfts, das vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs vorgenommen worden sei, bestimme, daß zu diesem Umfange auch der Gegenstand, die Zeit und der Ort der Erfüllung gehören, sowie daß die Erfüllung eines dem früheren Rechte unterstehenden Schuldverhältnisses auch dann, wenn sie unter der Herrschaft des neuen Gesetzes erfolgt, in den bezeichneten Richtungen nach dem früheren Rechte beurteilt wird. Andererseits fügen die Motive die Einschränkung hinzu, daß sich das, was solchenfalls zur Herbeiführung der Bewirkung der Leistung erforderlich ist, das Erfüllungsgeschäft, nach dem neuen Gesetze bestimmt, und daß jemand, der z. B. unter der Herrschaft des gemeinen Rechts sein Grundstück verkauft hat, letzteres, wenn der Vertrag erst nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfüllt wird, nicht bloß übergeben, sondern, sofern ein Grundbuch bereits vorhanden ist, auch auflassen muß, sowie daß dem Erfüllungsgeschäfte gleich die das Erlöschen der Forderung herbeiführenden selbständigen Rechtsgeschäfte — Hingabe an Zahlungsstatt, öffentliche Hinterlegung, Aufrechnung, Erlaß ꝛc — nach dem zur Zeit ihrer Vornahme geltenden Rechte zu beurteilen sind. Die Motive fahren dann fort: „Es berührt dies die allgemeine Frage, inwieweit Tatsachen, welche für ein nach bisherigem Rechte sich bestimmendes Schuldverhältnis bedeutsam werden, mit Rücksicht darauf, daß sie erst unter der Herrschaft des neuen Rechts eintreten, in ihren Wirkungen nach dem neuen Rechte zu bemessen sind. Einschlagende Fälle sind namentlich, daß der Schuldner unter der Herrschaft des neuen Rechts in Verzug gerät, daß die Erfüllung durch einen von dem Schuldner oder dem Gläubiger zu vertretenden Umstand zu dieser Zeit unmöglich wird ꝛc. Die Entscheidung hängt davon ab, ob die betreffende Tatsache in einem solchen Zusammenhange mit dem Schuldverhältnisse steht, daß sie

erſt durch dasſelbe ihre rechtliche Bedeutung erhält und ihre Einwirkung gleichſam als innere Entwicklung des Schuldverhältniſſes ſich darſtellt, oder ob die Tatſache eine ſolche iſt, welche an das Schuldverhältnis von außen herantritt und mit der konkreten Beſchaffenheit desſelben nicht in einem bedingenden Zuſammenhange ſteht. Im erſteren Falle bewendet es bei der maßgebenden Bedeutung des früheren Rechts, im letzteren Falle greift das neue Recht ein. Ob einer Tatſache die eine oder die andere Natur zukommt, läßt ſich durch das Geſetz nicht allgemein feſtſtellen. Einzelentſcheidungen für gewiſſe Fälle zu geben, empfiehlt ſich nicht, weil ſie leicht Anlaß zu unzutreffenden Schlußfolgerungen für andere Fälle bieten können." (Amtliche Ausgabe S. 255/7.) Auch von dieſem Standpunkte aus, dem die Kommiſſion für die zweite Leſung des Entwurfs eines Bürgerlichen Geſetzbuchs beitrat,

vgl. Protokolle, bearbeitet von Achilles ꝛc, Bd. 6 S. 498/9,

und der auch in Entſch. des R.G.s in Civilſ. Bd. 48 Nr. 7 hinſichtlich der Erfüllungsgeſchäfte gebilligt wurde, iſt anzunehmen, daß für das Rücktrittsrecht des Gläubigers als Wirkung des Leiſtungsverzugs des Schuldners bei einem vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Geſetzbuchs entſtandenen Schuldverhältniſſe in dem Falle die bisherigen Geſetze maßgebend bleiben, wenn der Leiſtungsverzug erſt unter der Herrſchaft des Bürgerlichen Geſetzbuchs eingetreten iſt. Denn es handelt ſich in dieſem Falle um den Umfang des Rechtsgeſchäfts bezüglich des Gegenſtandes der Erfüllung, indem der Gläubiger befugt iſt, anſtatt Erfüllung zu fordern, von dem Vertrage zurückzutreten. Es iſt im Sinne der Motive das Rücktrittsrecht wegen Leiſtungsverzugs als innere Entwicklung des Schuldverhältniſſes und als eine Tatſache, welche mit der konkreten Beſchaffenheit desſelben in einem bedingenden Zuſammenhange ſteht, aufzufaſſen, indem der Leiſtungsverzug durch das Verhalten des Schuldners gegenüber der ihm obliegenden Verpflichtung beſtimmt wird und alſo inſofern der Inhalt des Schuldverhältniſſes von Einfluß iſt. Es wird daher von der Rechtſprechung,

vgl. Urteil des Reichsgerichts vom 5. November 1901 in Sachen H. wider E., Rep. VII. 260/01, abgedruckt in der Jurift. Wochenſchr. von 1901 S. 867/8,

angenommen, daß die Vorausſetzungen des Leiſtungsverzugs in

einem Falle wie dem vorliegenden ſich nach altem Rechte beſtimmen. Dasſelbe wird von dem Rücktrittsrecht des Gläubigers als Wirkung des Leiſtungsverzugs zu gelten haben, zumal im Zweifel mit Rückſicht auf den Wortlaut des Art. 170, da die Motive formell nicht Beſtandteil des Geſetzes geworden ſind und nur unter der Vorausſetzung theoretiſcher Richtigkeit hinſichtlich des Geſetzesinhalts Bedeutung haben, das alte Recht bezüglich früher entſtandener Schuldverhältniſſe anzuwenden iſt. Endlich kommt in Betracht, daß die §§ 325. 326 B.G.B. einen prohibitiven Charakter nicht an ſich tragen, alſo auch entgegen dem Art. 170 Einf.-Geſ. rückwirkende Kraft nicht in Anſpruch nehmen. — Dieſe Entſcheidung ſteht nicht im Gegenſatz zu der ſtändigen, auch von dem erkennenden Senate gebilligten, Rechtſprechung des Reichsgerichts, wonach die Höhe der Verzugszinſen vom 1. Januar 1900 an bei vorher entſtandenen Schuldverhältniſſen lediglich nach dem Bürgerlichen Geſetzbuche ſich richtet. Denn bei den Verzugszinſen ſtehen (abgeſehen von der Frage, ob nicht ſchon deren Charakter als Averſionalentſchädigung die Anwendung des jeweils geltenden Rechts bedingt), wie in den Entſch. des R.G.'s in Civilſ. Bd. 46 Nr. 21 S. 75 dargelegt iſt, ſolche Folgen des Verzugs in Frage, welche von der Fortdauer der Verzugstatſachen in der Weiſe beeinflußt werden, daß die Leiſtungsverpflichtung mit jeder neuen Zeiteinheit von neuem entſteht. Dies iſt aber bei dem Rücktrittsrecht nicht der Fall, denn dasſelbe wird durch den Eintritt des Leiſtungsverzugs bezw. den Ablauf der beſtimmten Friſt begründet und iſt daher nicht von der Fortdauer der Verzugstatſachen in der Weiſe wie die Verzugszinſen abhängig; das einmal begründete Rücktrittsrecht kann durch das ſpätere Verhalten des Schuldners nicht mehr beſeitigt werden. — Iſt ſonach aber die Frage, ob Beklagter ein Rücktrittsrecht infolge des Leiſtungsverzugs des Klägers hat, nach den vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Geſetzbuchs geltenden Geſetzen zu beurteilen, ſo iſt ein ſolches nach dem inſofern maßgebenden gemeinen Rechte zu verneinen, denn dem letzteren iſt die Beſtimmung einer Friſt im Sinne der angezogenen Vorſchriften des Bürgerlichen Geſetzbuchs unbekannt und ſteht dem Gläubiger ein ſolches Rücktrittsrecht nach gemeinem Rechte nur in dem Falle zu, wenn die Erfüllung infolge des Leiſtungsverzugs kein Intereſſe für ihn hat.

Vgl. Windſcheid-Kipp, Pandekten 8. Aufl. Bd. 2 § 280 An-

merkung 1; Dernburg, Pandekten 5. Aufl. Bd. 2 § 41 a. E.; Mommsen-Mora, S. 257/8; Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 4 Nr. 52 S. 184.

Ein solches fehlendes Interesse des Beklagten und Widerklägers an der Erfüllung des Vertrags durch den Kläger und Widerbeklagten liegt aber nicht vor. — Demnach kann auch von einer Anwendung des § 255 C.P.O. keine Rede sein, denn diese Bestimmung setzt voraus, daß der Gläubiger nach dem maßgebenden materiellen Gesetze für den Fall, daß der Schuldner nicht vor dem Ablauf einer ihm zu bestimmenden Frist den erhobenen Anspruch befriedigt, das Recht hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern oder die Aufhebung eines Vertrags herbeizuführen (vgl. auch Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung 4. Aufl. § 255 Bem. IV)." . . .

---

72. Sind nach Art. 11 des Haager Abkommens zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. November 1896 die Angehörigen der Vertragsstaaten, sofern sie in einem von diesen ihren Wohnsitz haben, nicht bloß von der zu gunsten der Parteien zu leistenden Sicherheit, sondern auch von dem sonst nach § 85 Abs. 1 G.K.G. von Ausländern zu leistenden dreifachen Gebührenvorschuß befreit?

II. Civilsenat. Beschl. v. 10. Oktober 1902 i. S. Pr. (Kl.) w. Br. & Co. (Bekl.). Rep. II. 223/02.

Aus den Gründen:

„Der in Lüttich wohnende Kläger und Revisionskläger Pr., der unbestritten belgischer Staatsangehöriger ist, hat gegen die Verfügung vom 25. Juni 1902, durch welche auf Grund des § 85 Abs. 1 G.K.G. die Erhebung des dreifachen Gebührenvorschusses für die Revisionsinstanz angeordnet worden ist, Erinnerung erhoben. Dieselbe mußte als begründet erachtet werden.

Die von dem Kläger bestrittene Verpflichtung zur Leistung dieses dreifachen Vorschusses würde nach dem bezogenen § 85 anzunehmen sein, wenn nicht, wie er geltend macht, seine Befreiung hiervon aus der

Ausnahmebestimmung des § 85 Abs. 2 Ziff. 1 G.K.G. oder doch aus Art. 11 des Haager Abkommens zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. November 1896 (R.G.Bl. 1899 S. 290) herzuleiten wäre.

Ob dem Kläger bezüglich der ersten Frage beizutreten wäre, ob insbesondere gegenüber der rechtlichen Begründung des Beschlusses der vereinigten Civilsenate vom 21. Juni 1902 (Beschw.-Rep. I. 173/01) über die Tragweite und Bedeutung des § 110 Abs. 2 Ziff. 1 C.P.O. die bisherige Rechtsprechung namentlich auch des erkennenden Senats, wonach die Befreiung belgischer, französischer und luxemburgischer Staatsangehöriger von dem dreifachen Vorschuß schon um deswillen angenommen wurde, weil in diesen Ländern auch Deutsche zu einer besonderen Vorauszahlung oder Sicherstellung der Gerichtskosten nicht verpflichtet seien, sonach § 85 Abs. 2 Ziff. 1 a. a. O. zutreffe,

vgl. u. a. Jurist. Wochenschr. 1897 S. 190 Nr. 17, 1898 S. 74 Nr. 29; auch Petersen-Anger zu § 110 Bem. 10,

aufrechtzuerhalten wäre, bedarf nicht der Erörterung und Entscheidung, da die Befreiung belgischer Staatsangehöriger, die in einem der Vertragsstaaten ihren Wohnsitz haben, von dem dreifachen Vorschuß der Gerichtsgebühren sich jedenfalls aus Art. 11 des erwähnten Haager Abkommens ergibt.

Die Frage, ob sich dieser Art. 11 nicht lediglich auf die Sicherheitsleistung für die der Gegenpartei entstehenden Prozeßkosten, sondern auch auf die Sicherstellung der dem Staate zustehenden Gerichtsgebühren beziehe, ist streitig und bietet Anlaß zu Zweifeln. Der Senat tritt der Ansicht bei, daß die Frage zu bejahen sei.

Der Art. 11 a. a. O. lautet im französischen Text:

„Aucune caution ni dépôt sous quelque dénomination que ce soit, ne peut être imposée, à raison soit de leur qualité d'étrangers, soit du défaut de domicile ou de résidence dans le pays, aux nationaux d'un des Etats contractants, ayant leur domicile dans l'un de ces Etats, qui seront demandeurs ou intervenants devant les tribunaux d'un autre de ces Etats."

Der deutsche Text hat folgenden Wortlaut:

„Treten Angehörige eines der Vertragsstaaten in einem anderen dieser Staaten als Kläger oder Intervenienten vor Gericht auf, so darf, sofern sie in irgend einem der Vertragsstaaten ihren Wohnsitz

haben, ihnen wegen ihrer Eigenschaft als Ausländer, oder deswegen, weil sie keinen Wohnsitz oder Aufenthalt im Inlande haben, eine Sicherheitsleistung oder Hinterlegung, unter welcher Benennung es auch sei, nicht auferlegt werden."

Die Überschrift zu den Artt. 11—13 lautet im französischen Text: Caution „judicatum solvi" und im deutschen Text: Sicherheitsleistung für die Prozeßkosten.

Die fragliche Bestimmung begreift nach dem Wortlaute der beiden Texte jede Vorschuß- bezw. Sicherheitsleistung, die einem Ausländer wegen dieser seiner Eigenschaft oder wegen mangelnden Wohnsitzes im Inland aus Anlaß seines Auftretens vor Gericht als Kläger oder als Intervenient auferlegt werden könnte, ohne Unterschied, zu welchem Zweck oder zu wessen gunsten dieselbe zu leisten ist. Dieselbe umfaßt daher auch die Sicherstellung der dem Staate zustehenden Gebühren. In den Worten sous quelque dénomination que ce soit hat die Allgemeinheit der Bestimmung einen prägnanten Ausdruck gefunden. Auch der auf Erleichterung der internationalen Rechtsbeziehungen durch möglichste Beseitigung der Sonderbestimmungen für Ausländer zu gunsten der Angehörigen der Vertragsstaaten gerichtete Zweck jener Abmachung spricht für die allgemeine Tragweite derselben. Bei anderer Auslegung würde jener Zweck bezüglich Deutschlands in einem wesentlichen Punkte nicht erreicht werden, und es ist nicht anzunehmen, daß eine solche Sonderstellung eines Staates hinsichtlich eines erheblichen Teils der im Prozesse erwachsenen Kosten, die, wenn sie auch dem Staate geschuldet werden, immerhin Prozeßkosten jedenfalls im weiteren Sinne sind, beabsichtigt gewesen sei.

Bedenken gegen die hier vertretene Ansicht werden hergeleitet wesentlich einmal aus der Überschrift der betreffenden Artikel und sodann aus dem Umstand, daß bei den Verhandlungen der internationalen Kommission, welche zu dem Abschlusse des Abkommens geführt haben, bezüglich des in Frage stehenden Punktes immer nur von den der Partei entstandenen bezw. geschuldeten Prozeßkosten die Rede gewesen sei. Was die Überschrift anlangt, so ist es richtig, daß der Ausdruck cautio judicatum solvi in der Rechtssprache die Sicherheitsleistung für die der Gegenpartei eventuell zu ersetzenden Kosten bedeutet. Wenn indessen auch die Überschrift eines Gesetzabschnitts ein nicht unwesentliches Auslegungsmittel bildet, so ist dieselbe doch

nicht entscheidend. In erster Linie kommt es auf den Text an, und es ist durchaus nichts Ungewöhnliches, daß dieser enger oder weiter ist, als nach der Überschrift anzunehmen sein möchte. Im vorliegenden Falle erklärt sich die Überschrift aus dem Umstande, daß bei der Redaktion des Abkommens das besondere System der deutschen Gesetzgebung, wonach ein Vorschuß für die Gerichtsgebühren zu leisten ist, nicht bekannt gewesen, bezw. bei den Verhandlungen nicht zur Sprache gekommen ist. Es ergibt sich dieses insbesondere aus einer Auskunft des Auswärtigen Amtes des Deutschen Reichs, welche in einem Beschlusse des Oberlandesgerichts zu Hamburg vom 8. Februar 1901,

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 2 S. 208; Seufferts Archiv 56 Nr. 161,

in dem gleichfalls die Anwendbarkeit des Art. 11 auf die Gerichtsgebühren angenommen wurde, mitgeteilt ist. Dafür, daß man bei den Verhandlungen über das Abkommen überhaupt nicht auf die in den einzelnen Staaten bestehenden verschiedenen Verhältnisse eingehen wollte, vielmehr jede besondere Sicherheitsleistung der betreffenden Ausländer, in welcher Form und für wen sie zu leisten sei, beseitigen wollte, sprechen insbesondere die bereits hervorgehobenen Worte „sous quelque dénomination que ce soit", und dafür, daß es nicht angängig ist, die Bestimmung streng auf den Umfang der Überschrift zu beschränken, spricht gleich der Eingang des Art. 11: „Aucune caution ni dépôt".

Der Umstand, daß bei den Verhandlungen nur von den Prozeßkosten der Parteien, nicht auch von den Gebühren des Staates die Rede gewesen ist, erklärt sich gleichfalls daraus, daß die übrigen Staaten nur eine Sicherheitsleistung für solche Parteikosten kennen, und die besonderen Einrichtungen einzelner Staaten nicht speziell zur Sprache gebracht worden sind. Daraus folgt aber nicht, daß die allgemein getroffene Verfügung auf solche Kosten der Parteien beschränkt werden sollte. Insbesondere ist anzunehmen, daß, wenn im Interesse der internationalen Beziehungen die Beseitigung der von Ausländern für die inländischen Parteien zu stellenden besonderen Sicherheit für zulässig erachtet wurde, bezüglich der Sicherung der dem Staate zustehenden Gerichtsgebühren eine andere Auffassung nicht obgewaltet hat.

Endlich kann auch aus Art. 12 des Abkommens, der allerdings

eine Erleichterung der Einziehung nur der Parteikosten gegen die Ausländer im Auge hat, ein entscheidendes Argument gegen die hier vertretene Annahme, für die sich auch das Oberlandesgericht Köln ausgesprochen hat (Rhein. Archiv Tl. 97 Bd. I. S. 163), nicht hergeleitet werden.

Zu verweisen ist noch auf die analoge Bestimmung in Art. 56 Abs. 2 des Berner Internationalen Übereinkommens über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 14. Oktober 1890 (R.G.Bl. 1892 S. 793 flg.), die in der Theorie und Praxis nicht nur auf die Prozeßkosten der Parteien, sondern auch auf den erhöhten Vorschuß gegenüber dem Staate (§ 85 a. a. O.) bezogen wird.

Vgl. Gerstner, Internationales Eisenbahnfrachtrecht, Ergänzungsband zu Art. 56[2] III. S. 131."

---

73. Findet Revision statt gegen ein Endurteil, durch welches das Oberlandesgericht auf Beschwerde über die Ablehnung einer einstweiligen Verfügung diese erlassen hat?

C.P.O. §§ 545. 922.

V. Civilsenat. Urt. v. 11. Oktober 1902 i. S. Konkursmasse der Gewerksch. B. (Bekl.) w. v. B.-B. (Kl.). Rep. V. 359/02.

I. Landgericht Guben.
II. Kammergericht Berlin.

Der Kläger hatte im Laufe der ersten Instanz den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragt, die vom Landgericht durch Beschluß abgelehnt worden war. Auf seine Beschwerde gegen diesen Beschluß ordnete das Kammergericht mündliche Verhandlung an und erließ dann auf Grund derselben ein Endurteil, durch welches dem Antrage auf einstweilige Verfügung, jedoch nicht in vollem Umfange, stattgegeben wurde. Gegen dieses Urteil legten beide Parteien Revision ein. Im übrigen aus den

Gründen:

„Der Vertreter des Klägers hat einen Zweifel an der Zulässigkeit der beiderseitigen Revisionen angeregt und ausgeführt, daß nach § 545

C.P.O. die Revision gegen die in der Berufungsinstanz von den Oberlandesgerichten erlassenen Endurteile stattfinde, während die hier angefochtene Entscheidung des Kammergerichts zwar — nach angeordneter mündlicher Verhandlung über die Beschwerde des mit seinem Gesuch um eine einstweilige Verfügung vom Landgericht abgewiesenen Klägers — in Form eines Endurteils ergangen, dagegen nicht in der Berufungsinstanz, sondern in der Beschwerdeinstanz erlassen sei. Der Zweifel ist unberechtigt.

Zuzugeben ist nur, daß der Wortlaut des § 545 für die Unzulässigkeit der Revision verwertet werden könnte, wenn man unter den in der Berufungsinstanz erlassenen solche Endurteile verstehen müßte, die auf das eingelegte Rechtsmittel der Berufung ergehen. Ein anderer Grund wird auch in der Tat von den Schriftstellern, die sich für die Unzulässigkeit der Revision ausgesprochen, nicht angeführt.

Vgl. die Kommentare zur Civilprozeßordnung von Gaupp-Stein 4. Aufl. Bd. 2 zu § 545 Anm. II und zu § 922 Anm. II b, S. 70 und 751, und von Petersen u. Anger 4. Aufl. Bd. 2 zu § 545 Anm. 2 und zu § 922 Anm. 8 S. 56. 634; ferner Herm. Meyer, Prozeßpraxis 5. Aufl. § 127 S. 341. 342, etwas abweichend früher in der Zeitschr. für Civilprozeß Bd. 20 S. 490 flg.

Es läßt sich aber nicht verkennen, daß diese Ansicht zu einem Ergebnis, das vom Gesetzgeber nicht gewollt sein kann, namentlich zu einer auffallenden Verkümmerung des Rechts der gegnerischen Partei auf rechtliches Gehör führt. Diese braucht in erster Instanz nicht gehört zu werden und erfährt, wenn der Antrag auf Erlaß der einstweiligen Verfügung durch Beschluß abgelehnt, darüber Beschwerde geführt, und über diese mündliche Verhandlung angeordnet wird, meistens erst jetzt zum erstenmal von dem gegen sie geplanten Angriff (§ 922 Abs. 3 C.P.O.). In der mündlichen Verhandlung kann sie sich verteidigen, aber wenn sie dann unterliegt, wäre sie nach der Ansicht, daß Revision unzulässig sei, schutzlos, denn darüber kann kein Zweifel obwalten, daß ihr gegen das auf die mündliche Verhandlung erlassene Urteil auch nicht das Rechtsmittel der Beschwerde zusteht.

Vgl. den Beschluß des I. Civilsenats des Reichsgerichts vom 29. Januar 1898 in Gruchots Beiträgen Bd. 43 S. 770 flg.

Stände schon diese Beschränkung der einen Partei auf eine einzige

Instanz im Widerspruch sowohl mit dem Grundsatz der Gleichheit der Parteirechte als mit der Zweckbestimmung des Instanzenzuges, so springt das dadurch geschaffene Mißverhältnis noch mehr in die Augen, wenn man sich vergegenwärtigt, welchen Gang das Verfahren nimmt, wenn auf die Beschwerde nicht mündliche Verhandlung angeordnet und folgeweise nicht durch Endurteil, sondern im Beschlußwege zu ungunsten des Gegners entschieden wird. Dann kann dieser gegen den die einstweilige Verfügung anordnenden Beschluß der zweiten Instanz Widerspruch erheben, die nun eintretende mündliche Verhandlung findet statt in erster Instanz,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 29 Nr. 106 S. 396 flg.; vgl. auch Urteil des Obersten Landesgerichts für Bayern vom 15. Dezember 1899 in Seufferts Archiv Bd. 55 Nr. 249,

und gegen deren Entscheidung steht das Rechtsmittel der Berufung, gegen das Berufungsurteil das der Revision offen, also hat dann der Antragsgegner drei Instanzen für eine mündliche Verhandlung der Sache. Die Anordnung der mündlichen Verhandlung auf die Beschwerde über den die nachgesuchte einstweilige Verfügung ablehnenden Beschluß, die dazu dienen soll, die Sache gründlich zu erörtern und auch den Gegner zu hören, hätte hiernach den entgegengesetzten, nämlich den Erfolg, daß die Sache weniger gründlich geprüft wird und der Gegner weniger zu Gehör kommt, als es der Fall sein könnte, wenn die Beschwerde ohne mündliche Verhandlung, durch Beschluß beschieden wird. Daß dies in der Absicht des Gesetzgebers gelegen haben könnte, ist eine ausgeschlossene Annahme und läßt sich auch nicht aus dem § 545 herauslesen. Vom Reichsgericht ist bereits entschieden, daß diese Gesetzesbestimmung auch in dem Fall der Zulassung der Revision nicht entgegensteht, wenn ein Oberlandesgericht als Gericht der Hauptsache im Sinne des § 943 Abs. 1 C.P.O. einen Arrest durch Endurteil angeordnet hat, also über den Arrest nur eine erstmalige Entscheidung vorliegt, der eine Entscheidung erster Instanz nicht vorausgegangen ist.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 Nr. 123 S. 430 (II. Civilsenat) und Bd. 50 Nr. 81 S. 342 (I. Civilsenat).

Auch in diesem Falle handelt es sich nicht um ein in der Berufungsinstanz erlassenes Endurteil in dem gewöhnlich damit verbundenen Sinne, dem Sinne nämlich, daß es ergangen sei auf Be-

rufung gegen eine vorangegangene Entscheidung erster Instanz. Es ist aber vom Reichsgericht ausgeführt worden, daß der Gesetzgeber Entscheidungen dieser Art, weil sie vom Berufungsgericht in dieser Eigenschaft, nämlich als in der Berufungsinstanz mit der Hauptsache befaßt, erlassen würden, nicht als erstinstanzliche, sondern als berufungsinstanzliche Entscheidungen angesehen wissen wolle. Ob sich dieser Gesichtspunkt im vorliegenden Fall verwerten läßt, wo das Kammergericht infolge inzwischen in der Hauptsache eingelegter Berufung für die Hauptsache Berufungsinstanz geworden war, mag dahingestellt bleiben. Die vom Kammergericht über die einstweilige Verfügung gefällte zweitinstanzliche Entscheidung ist jedenfalls deshalb im Sinne des § 545 in der Berufungsinstanz erlassen, weil, nachdem mündliche Verhandlung angeordnet und damit die Notwendigkeit einer Entscheidung durch Endurteil herbeigeführt worden war (§ 922 Abs. 1), das Beschwerdeverfahren in das Verfahren übergeleitet war, das bei eingelegter Berufung eingeschlagen werden muß und mit Rücksicht darauf als Verfahren der Berufungsinstanz bezeichnet werden darf. Der im § 545 gewählte Ausdruck für die der Revision unterliegenden Entscheidungen hat seinen Gegensatz in denjenigen Entscheidungen, die von den Oberlandesgerichten nach den Bestimmungen in § 5 Einf.-Ges. zum G.V.G. vom 27. Januar 1877 und § 5 Einf.-Ges. zur C.P.O. vom 30. Januar 1877 möglicherweise in erster Instanz abgegeben werden können." ...

---

74. 1. Muß bei einem Grundstückskaufvertrage die Kenntnis des Käufers von einem Mangel im Rechte sich aus dem gemäß § 313 Satz 1 B.G.B. beurkundeten Kaufvertrag ergeben, wenn der Verkäufer von der Vertretung befreit sein soll?

B.G.B. § 439 Abs. 1.

2. Kann der Käufer, wenn auf Grund des ihm beim Abschlusse des Kaufs bekannten Rechts eines Dritten letzterer sich im Besitze eines Grundstückteils befindet, von dem Verkäufer besitzfreie Übergabe verlangen?

B.G.B. §§ 433 Abs. 1 Satz 1. 439 Abs. 1.

3. Kann der Käufer, der durch Auflassung und Eintragung Eigentümer des gekauften Grundstücks geworden ist, falls ein Dritter auf Grund eines gegen den Käufer nicht verfolgbaren Rechts sich im unmittelbaren Besitze befindet, vom Verkäufer als mittelbarem Besitzer Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Grundstücks verlangen?

B.G.B. §§ 870. 891. 985.

V. Civilsenat. Urt. v. 11. Oktober 1902 i. S. K. (Kl.) w. W. (Bekl.). Rep. V. 209/02.

I. Landgericht Dresden.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Erblasser der Kläger erwarb im Jahre 1900 von dem Beklagten ein Grundstück durch Kauf und Auflassung. Dieses Grundstück hatte L. im Jahre 1895 von N. gekauft und demnächst seine Rechte aus dem Kaufvertrage an den Beklagten abgetreten. Der Beklagte hatte sich verpflichtet, als besondere Entschädigung für diese Abtretung einen Teil (1,6 a) des Grundstücks im Werte von 5000 ℳ dem L. ohne Gegenleistung pfandfrei abzutreten. Für den Fall aber, daß die Entpfändung nicht zu erreichen sein sollte, hatte er sich zugleich für seine Rechtsnachfolger verpflichtet, den mit mindestens 5000 ℳ zu bemessenden Wert des Grundstücksteils zu entrichten, und dem L. und dessen Bruder, sowie ihren Rechtsnachfolgern das Recht zur unentgeltlichen Benutzung des Grundstücksteils eingeräumt. Beklagter wurde als Eigentümer des ganzen Grundstücks eingetragen. Die Entpfändung des Grundstücksteils scheiterte an dem Widerspruche der Pfandgläubiger. L. hatte das Teilstück schon 1895 in Besitz genommen, mit einem Schuppen bebaut und durch einen Bretterzaun von dem Restgrundstücke geschieden. Es wurde von ihm als Lagerraum benutzt und befand sich zur Zeit der Kaufunterhandlungen zwischen dem Beklagten und dem Erblasser der Kläger in diesem Zustande. Kläger verlangten in erster Instanz von dem Beklagten nur Befreiung ihres Grundstücks von der Dienstbarkeit der Benutzung des Teilstückes, deren Bestehen der Beklagte dem Erblasser der Kläger verschwiegen habe. Beklagter verlangte Abweisung der Klage, indem er behauptete, daß er das Streitstück vom Verkaufe ausdrücklich ausgeschlossen habe.

Der erste Richter wies die Klage ab, und die Berufung der Kläger wurde zurückgewiesen. Der Berufungsantrag ging dahin, festzustellen, daß dem Erblasser der Kläger das ganze Grundstück verkauft sei, und den Beklagten zu verurteilen, den Klägern den Besitz des Grundstücks, soweit es noch nicht geschehen sei (d. h. auch an dem Streitstücke), einzuräumen, die abgrenzende Bretterwand und den Schuppen zu beseitigen und das Grundstück von einer für die Gebrüder L. oder ihre Rechtsnachfolger etwa bestehenden Dienstbarkeit der Benutzung zu befreien.

Die Revision der Kläger, soweit sie sich gegen die Abweisung des auf Leistung gerichteten Antrags richtete, ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

... „Hinsichtlich der auf Verurteilung (Leistung) gerichteten Klaganträge hat der Berufungsrichter die streitige Behauptung des Beklagten, daß das Streitstück vom Verkaufe ausgeschlossen worden sei, dahingestellt gelassen, weil die Abweisung dieser Anträge sich schon aus § 439 B.G.B. ergebe. Er hält nämlich auf Grund der eidlichen Aussage des Zeugen Ph. für erwiesen, daß der Erblasser der Kläger den von letzteren gerügten Mangel im Rechte beim Abschlusse des Kaufes gekannt hat. Die Revision rügt ... Verletzung der Bestimmungen der §§ 313. 433 und 439 B.G.B. Diese Rügen erweisen sich jedoch als nicht begründet. ... Sie gehen im einzelnen dahin:

a) Der Berufungsrichter habe zu Unrecht unterlassen, sich über die Natur des dem L. zustehenden Rechts auszusprechen; das Benutzungs- und Entschädigungsrecht sei nur persönlicher Natur; keinesfalls sei eine Kenntnis eines gegen die Rechtsnachfolger wirkenden Rechts erwiesen. Der Berufungsrichter hatte jedoch keine Veranlassung, über die rechtliche Natur jenes Rechts Untersuchungen anzustellen; denn handelte es sich um ein persönliches Recht, das von L. gegen die Kläger nicht geltend gemacht werden könnte, so würde eine Vertretungspflicht des Beklagten überhaupt nicht begründet sein (§ 434 B.G.B.), handelte es sich aber um ein auch gegen die Kläger verfolgbares Recht, dann wäre die Vertretungspflicht infolge der Kenntnis des Erblassers der Kläger gemäß § 439 Abs. 1 B.G.B. ausgeschlossen. In beiden Fällen versagt also die Leistungsklage.

b) Die Revision führt aus, nach § 313 Satz 1 B.G.B. müsse

der Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, in allen für die Entschließung beider Teile wesentlichen Punkten gerichtlich oder notariell beurkundet werden; da nun im vorliegenden Falle der Vertrag nichts davon enthalte, daß das verkaufte Grundstück mit einem dinglichen Rechte belastet sei, könne nicht als Vertragsabsicht unterstellt werden, daß der Beklagte für das Vorhandensein des Rechts des L. nicht haften solle. Dies habe der Berufungsrichter verkannt. Die Revision übersieht jedoch, daß es sich hier nicht um die vertragsmäßige Ausschließung der Gewährleistung, sondern um die Kenntnis des Käufers von einem (angeblichen) Mangel im Rechte handelt, welche kraft Gesetzes den Verkäufer von der Vertretung befreit (§ 439 Abs. 1 B.G.B.). Auf welche Weise eine solche Kenntnis vermittelt wird, ist völlig gleichgültig, insbesondere verlangt das Gesetz nicht, daß die Vermittelung durch eine zum Bestandteile des Kaufvertrages gemachte Erklärung erfolgt.

c) Die Revision ist ferner der Ansicht, daß, soweit mit dem Klagantrage Einräumung des Besitzes an dem Streitstücke begehrt wird, nicht ein Fall der §§ 434. 439 B.G.B. vorliege, vielmehr § 433 B.G.B. anzuwenden sei, nach welchem der Verkäufer durch den Kaufvertrag verpflichtet wird, dem Käufer die gekaufte Sache zu übergeben. Auch der hierin liegende Angriff gegen das Berufungsurteil versagt. Besteht ein Recht, das L. gegen die Kläger geltend machen kann, und zwar ein Recht, welches dem L. die Befugnis zum dauernden Besitze des Streitstückes gibt, so ist der Mangel des Besitzes die unmittelbare Folge des Mangels im Rechte des Beklagten. Die Kenntnis des Mangels im Rechte schließt aber gemäß § 439 Abs. 1 B.G.B. die Vertretung aller Konsequenzen aus, welche der Mangel im Rechte nach sich zieht. Hatte der Erblasser der Kläger beim Abschlusse des Kaufs Kenntnis davon, daß L. ein Recht zum Behalten des Streitstücks beanspruchte, so konnte er und können seine Erben vom Beklagten die Übergabe nicht verlangen. Schloß der Erblasser der Kläger trotz dieser Kenntnis den Kaufvertrag ab, so übernahm er damit die Gefahr, die sich aus dem etwa siegreichen Behaupten des L. in seinem Rechte ergab. Steht etwa ein Recht in Frage, welches L. den Klägern gegenüber nicht geltend machen könnte, so würde freilich das Recht der Kläger auf Übergabe des gekauften

Grundstücks anzuerkennen sein, aber unstreitig ist das Grundstück übergeben. Einer besonderen Übergabe aller einzelnen Flächenabschnitte bedurfte es nicht. Befindet sich L. auf Grund eines obligatorischen Vertragsverhältnisses im Besitze des Streitstücks, so ist sein Besitz unmittelbar, während der mittelbare Besitz dem Beklagten verblieben ist. Nach § 870 B.G.B. kann der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. Einer Mitwirkung des vermittelnden Besitzers oder auch nur seiner Kenntnis von der Übertragung bedarf es nicht. Ist, wie im vorliegenden Falle nach der unbeanstandeten Annahme des Berufungsrichters, das Eigentum auch an dem im vermittelnden Besitze des L. befindlichen Streitstück auf die Kläger übergegangen, so bedurfte es nicht einer besonderen Abtretung des Herausgabeanspruchs, da dieser Anspruch den Klägern schon kraft Gesetzes zusteht (§§ 985. 891 B.G.B.). Abgesehen hiervon ist in den erwähnten Äußerungen des Beklagten bei Gelegenheit der Kaufverhandlungen eine solche Abtretung mit genügender Deutlichkeit zu erkennen. Sollte endlich sich die Behauptung des Beklagten als wahr erweisen, daß das Streitstück nach dem Willen der Vertragschließenden nicht Gegenstand des Kaufs und der Auflassung gewesen sei, woraus folgen würde, daß die Kläger als Bucheigentümer dem Beklagten als dem wahren Eigentümer weichen müßten, so würde ein Recht der Kläger auf Übergabe überhaupt nicht bestehen." . . .

---

75. 1. Muß die Unterschrift des eigenhändigen Testaments der Angabe des Ortes und Tages unter allen Umständen räumlich nachfolgen?

2. Vermächtnis zu gunsten der Armen.

IV. Civilsenat. Urt. v. 13. Oktober 1902 i. S. W. (Bekl.) w. Magistrat zu W. (Kl.). Rep. IV. 174/02.

I. Landgericht Görlitz.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Die am 16. September 1900 zu W. verstorbene Witwe A. J. geb. W. hatte durch Testament vom 25. Juni 1898 zu ihrer Erbin die Beklagte eingesetzt. In ihrem Nachlaß fand sich außerdem ein Schriftstück vor, das überschrieben war:

„Mein letzten Willen"

und u. a. folgende Bestimmung enthielt:

„600 Thl für Stad Arme die Zinsen alle Jahr zu vertheil und ein Heilich Messe an Tag".

Den Schluß bildeten die Worte:

„Witwe A. J.
W., den 10. September 1900."

Der klagende Stadtmagistrat als Vertreter der öffentlichen Armenkasse des Ortes beanspruchte, da es sich um ein Vermächtnis zu gunsten der Armen handle, unter Berufung auf § 2072 B.G.B. die Entrichtung der ausgesetzten 1800 ℳ nebst Verzugszinsen in gesetzlicher Höhe. Seinem Antrage entsprechend, wurde unter der auf Grund Zeugenbeweises getroffenen Feststellung, daß das bezeichnete Schriftstück tatsächlich am 10. September 1900 von der Erblasserin mit eigener Hand niedergeschrieben, unterschrieben und datiert, dieses alles auch mit der Absicht der Errichtung einer letztwilligen Verfügung geschehen sei, die Beklagte zur Zahlung verurteilt und ihre Berufung zurückgewiesen. Ihre Revision ist gleichfalls zurückgewiesen aus den nachfolgenden

Gründen:

„1. Die Beklagte bestreitet die Rechtsgültigkeit des Schriftstücks vom 10. September 1900 als einer letztwilligen Verfügung wegen Formmangels. Sie vertritt die Rechtsansicht, daß nach § 2231 Nr. 2 B.G.B. die Unterschrift des eigenhändigen Testaments auch das Orts- und Zeitdatum zu decken hätte. Da im Streitfalle die Unterschrift räumlich vorangeht und das Datum nachfolgt, so hält sie das von ihr aufgestellte Formerfordernis für nicht gewahrt. Der Berufungsrichter hält das Testament für formgerecht. Er hat auf den Beschluß des Kammergerichts vom 17./24. Dezember 1900 (Johow, Jahrbuch XXI A 56) hingewiesen und hat erklärt, sich dessen Begründung anzueignen. Das Reichsgericht ist ihm und dem Kammergerichte im Ergebnis beigetreten.

Bei der Beantwortung der Frage, ob das eigenhändige Testament auch dann rechtsgültig sein kann, wenn die Angabe des Ortes und Tages räumlich der Unterschrift nachfolgt, läßt sich aus der bereits in dem Urteile des Reichsgerichts vom $\frac{3. \text{ März}}{7. \text{ April}}$ 1902 (Rep. IV. 383/01)[1] dargestellten Entstehungsgeschichte des § 2231 Nr. 2 B.G.B. ein Anhalt nicht gewinnen. Sie führt insbesondere nicht darauf hin, mit dem Kammergericht der auf der Gesetzesgrundlage des Art. 970 Code civil entstandenen Rechtsprechung der französischen und belgischen Gerichtshöfe eine ausschlaggebende Bedeutung beizumessen. Denn wenn es auch zutreffend ist, daß das holographische Testament des französischen Rechts der Kommission des deutschen Reichstages, die diese Testamentsform in den Entwurf des Gesetzbuchs einfügte, im allgemeinen zum Vorbilde gedient hat, so gilt dies doch nicht auch schlechthin von der Ausgestaltung ihrer Einzelheiten. Was insbesondere das räumliche Verhältnis zwischen Datum und Unterschrift anlangt, so hatte sich zwar die Rechtsprechung in Frankreich und Belgien nach anfänglichem Schwanken (Sirey, Recueil Tome XIII 2, 336 und 2, 332) späterhin in beständiger Wiederholung für die Rechtsgültigkeit des Testaments mit nachgesetztem Datum entschieden.

Vgl. die Zusammenstellungen der Judicatur bei Dalloz et Vergé, Code civil annoté 1873 S. 783 und bei Fuzier-Herman zu Art. 970 notes 130. 131.

Die Meinungen der Schriftsteller waren jedoch bei dieser Frage geteilt.[2] Ob nun der von den französischen und belgischen Gerichten aufgestellte Rechtsgrundsatz durch den deutschen Gesetzestext gegenüber den schwankenden Meinungen der Rechtslehrer anerkannt und bestätigt, oder ob er umgekehrt für das deutsche Recht durch die Gesetzesfassung abgelehnt werden sollte, läßt sich weder mit Sicherheit aus dem Wortlaut des § 2231 entnehmen noch auch gibt die Entstehungs-

[1] Abgedruckt unter Nr. 38 S. 166 flg. des 51. Bandes. D. R.

[2] Mit der Rechtsprechung übereinstimmend: Zachariä-Dreyer, § 668 S. 264; Zachariä-Crome, § 679 S. 282; Baudry-Lacantinerie, Droit civil II. 1940. 1941; Duranton, Droit français IX. 88; Demolombe, Cours de code XXI. 116. Dagegen: Toullier, Droit civil V. 849; Pothier, XIII, Donations testamentaires p. 66; Merlin zum Worte Testament sect. II § 4 art. 3 p. 548. 552; Laurent, Droit civil XIII. p. 230; Aubry et Rau, VII. p. 107 § 668. D. E.

geſchichte hierüber irgend welchen Aufſchluß. Der Wortlaut weiſt jedoch auf einen Unterſchied hin, der im Geſetz zwiſchen der Erklärung ſelbſt und ihrer Datierung gemacht iſt, und er legt überdies die Auslegung nahe, daß es ſich um einen beſtimmten Ort und um einen beſtimmten Tag handelt, welche feſtſtehende Tatumſtände des Vorgangs der Teſtamentserrichtung bilden, darum aber anzugeben und nicht frei zu beſtimmen ſind. Für die Frage, wie ſich die Unterſchrift des Teſtaments und das Datum räumlich zu einander verhalten, hat dies ſeine beſondere Bedeutung. Denn ein Platz *vor* der Unterſchrift würde dem Datum unter allen Umſtänden in dem Falle zukommen, wenn man, in Übereinſtimmung mit

Planck-Ritgen, Anm. II 4d zu § 2231; Strohal, Erbrecht S. 61 Anm. 21; Coſack, Bürgerliches Recht Bd. 2 § 353 unter 1; Tränkner, Sächſ. Arch. Bd. 7 S. 354; Weißler, Nachlaßverfahren S. 157 und Böhm, Erbrecht § 19 S. 80,

davon ausgehen müßte, daß der Erblaſſer das Datum des Teſtaments frei zu beſtimmen, nämlich zu verordnen hätte, welchen Ort und welchen Tag er als Ort und Tag der Teſtamentserrichtung angeſehen wiſſen wolle. Die Datierung in *dieſem* Sinne würde eine Willenserklärung des Erblaſſers ſein. Dies nicht nur dann, wenn ſie den *ſachlichen* Inhalt des letzten Willens ergänzt und näher beſtimmt, wenn alſo z. B. der Erblaſſer ſachlich in der Ausdrucksweiſe verfügt, daß er die „hieſige" Gemeinde oder den „heute" bei ihm angeſtellten Diener bedenkt, ſondern ebenſo dann, wenn ſich die Beſtimmung der frei gewählten Datierung in dem Vornehmen des Erblaſſers erſchöpft, für die Beurteilung des *Verfahrens* der Teſtamentserrichtung mit Bezug auf Zeit und Ort eine gewillkürte Norm vorzuſchreiben. Willenserklärungen, für die das Geſetz die Schriftform verlangt, ſind nach §§ 126. 125 B.G.B. nur inſoweit rechtsgültig, als ſie durch die Unterſchrift des Erklärenden räumlich abgeſchloſſen werden. Dieſer für das Anwendungsgebiet des preußiſchen Allgemeinen Landrechts in der Rechtſprechung feſtſtehende Grundſatz gilt jetzt auch für das Recht des Bürgerlichen Geſetzbuchs.

Vgl. Motive Bd. 1 S. 185; Urteile des Reichsgerichts vom 3. Juli 1893, Juriſt. Wochenſchr. S. 431 Nr. 32, vom 11. November 1895 Entſch. des R.G.'s in Civilſ. Bd. 36 S. 241 flg.; Entſch. des Obertrib. Bd. 74 S. 168.

Auch das Datum des eigenhändigen Testaments müßte hiernach nichtig sein, wenn es nicht durch eine nachfolgende Unterschrift des Testierenden als gültig bestätigt wird. Der § 2231 hat dieses allgemeine gesetzliche Erfordernis der schriftlichen Willenserklärung nicht beseitigt. Der Ansicht von Planck, Strohal und Cosack hat sich unter Berufung auf diese Schriftsteller neuerdings auch das Kammergericht in einer Entscheidung vom 7. April 1902 (Johow, Jahrb. Bd. XXIV A 45 flg.) angeschlossen, ohne in Betracht zu ziehen, ob sich sein früherer Beschluß vom 17./24. Dezember 1900 sowie ein die Zulässigkeit der räumlichen Nachdatierung bestätigender ferner Beschluß vom 29. Mai 1901 (Johow, Jahrb. Bd. XXII A 49) hiermit in Einklang bringen läßt.

Das Datum des eigenhändigen Testaments ist aber keine Willenserklärung. Was das Gesetz meint, wenn es das Verlangen stellt, daß der Erklärung des Testierenden als besonderer Formbestandteil die Angabe des Ortes und Tages hinzutreten muß, kann sich nur danach richten, welche Bedeutung in den Anschauungen und Gewohnheiten des täglichen Lebens das einer schriftlichen Erklärung beigefügte Datum der Regel nach hat. Denn dafür, daß die vorgeschriebene Orts- und Tagesangabe eine andere Bedeutung haben, das Datierungsgebot also von denen, an die es sich richtet, in einem ungewöhnlichen Sinne verstanden werden soll, fehlt im Gesetzestext jeder Ausdruck. Das Gesetz will im Gegenteil eine einfache, leicht erfüllbare und darum auch gemeinverständliche Testamentsform als gültig einführen. Es stellt deshalb auch an die Form des Datums selbst nicht weitergehende Anforderungen wie das tägliche Leben, begnügt sich also wie dieses mit der gebräuchlichen bloßen Benennung des Ortes und des Tages, also mit der abgekürzten Kennzeichnung eines Gedankens, dem es an der Vollständigkeit des Ausdrucks in schriftlicher Ausprägung der Regel nach überhaupt gebricht. Nach hergebrachten Anschauungen aber und nach der Bedeutung, die auch im Rechts- und Verkehrsleben regelmäßig der Datierung zukommt, kann die einer Erklärung als Datum beigesetzte Benennung eines Ortes und Tages nur so verstanden werden, daß der Erklärende damit feststellt und bezeugt, er gebe die Erklärung an dem angegebenen Orte und an dem angegebenen Tage ab. Diese Auslegung der gemeingewöhnlichen Datierungsform enthält zugleich die Auslegung des Datierungsgebots,

welches das Gesetz für alle unter seiner Herrschaft errichteten eigenhändigen Testamente nicht anders als in dem stets gleichen und zwar in dem allgemein hergebrachten Sinne einer Datierung aufgestellt haben kann. Richtig aber muß die Angabe des Ortes und des Tages nicht in der vom Kammergericht diesem Begriffe beigelegten Bedeutung einer Übereinstimmung mit der willkürlichen Bestimmung des Testators sein (Johow, Jahrb. XXIV A 46), sondern sie muß das wahre Datum im Sinne des schon erwähnten reichsgerichtlichen Urteils vom 3. März / 7. April 1902 bezeichnen, also mit den durch die Testamentserrichtung gegebenen Tatumständen übereinstimmen. Sie bildet nicht nur ein äußeres Formerfordernis ohne innere Beziehung zu dem Vorgange der Errichtung, sondern, gleichviel welcher Beweiswert ihr in jedem einzelnen Falle beizumessen ist, zugleich ein Beweismittel. Wie von dem Formerfordernis der eigenhändigen Niederschrift zutreffend behauptet worden ist, daß es eine erhöhte Garantie für den Fall schaffe, wenn im entscheidenden Zeitpunkte der wichtigste Echtheitszeuge, nämlich der Testator selbst nicht vorhanden ist,

vgl. Stubenrauch (Bonnot u. Schreiber), Anm. 4 zu § 578 des österreichischen Gesetzbuchs 8. Aufl. S. 783,

so gilt das Gleiche mit Bezug auf die Orts- und Zeitumstände der Errichtung von dem Formerfordernis der Datierung. Als ein solches Zeugnis kann das Datum je nach der Beschaffenheit des Falls seinen Zweck auch dann erfüllen, wenn es zwar nicht mit unterschrieben, aber doch mit der unterschriebenen letztwilligen Erklärung in einen derartigen räumlichen Zusammenhang gebracht ist, daß seine Bedeutung als Datum der unterschriebenen Erklärung daraus ersichtlich wird. Damit genügt es aber auch in formaler Beziehung den Anforderungen des Gesetzes, welches zwar die Rechtsgültigkeit des eigenhändigen Testaments von dem Vorhandensein einer sich auf die letztwillige Erklärung beziehenden Datierung abhängig gemacht, nicht aber auch das Datum selbst unter weitere einengende Formvorschriften, als die der eigenhändigen Aufzeichnung durch den Erlasser gestellt hat.

Im Streitfalle ist nun die äußere Zusammengehörigkeit des Datums mit der letztwilligen Erklärung von keiner Seite in Zweifel gezogen worden. Auch das Berufungsurteil deutet in dieser Beziehung an keiner Stelle ein Bedenken an. Es läßt sich daher annehmen, daß der Berufungsrichter, dem das Testament in Urschrift vorgelegen hat, aus

der äußeren Beschaffenheit der Urkunde und auf Grund konkreter Würdigung des räumlichen Verhältnisses zwischen dem Datum und der Erklärung zu der Feststellung gelangt ist, daß das beigefügte Datum auf den Ort und den Tag der Testamentserrichtung hinweise. Unter solchen Umständen aber kann nach dem, was vorstehend rechtsgrundsätzlich erörtert wurde, die Formgerechtigkeit des Testaments nicht beanstandet werden und da seine Echtheit sowie die von der Beklagten angezweifelte Absicht der Erblasserin, letztwillig zu verfügen, auf Grund des erhobenen Zeugenbeweises unanfechtbar vom Berufungsrichter als erwiesen angenommen ist, so steht damit die Rechtsgültigkeit des Testaments zugleich überhaupt außer Frage.

2. Was seine Auslegung anlangt, so könnte die Anwendung des § 2072 B.G.B. dem Bedenken begegnen, daß die Armen nur auf die Zinsen des ausgeworfenen Kapitals angewiesen sind, und daß diese auch noch einer Kürzung durch den angegebenen weiteren Verwendungszweck für eine Seelenmesse zu unterliegen scheinen. Eine unrichtige Anwendung dieser Gesetzesvorschrift liegt jedoch nicht vor. Ihr liegt die augenscheinliche Annahme des Berufungsrichters zu grunde, daß mit den von der Erblasserin näher angegebenen Maßgaben auch das Kapital selbst den Armen zugedacht worden ist, eine Auslegung des letzten Willens, die umsoweniger beanstandet werden kann, als es der Erbin keinen ersichtlichen Nutzen gewährt haben würde, wenn ihr der dauernd der fremden Nutzung unterworfene Stamm zum Eigentum vorbehalten worden wäre. Ebensowenig konnte die von der Erblasserin verordnete Einschränkung, wonach nicht das Kapital, sondern nur die Zinsen und auch diese nur zu gewissem Teile unter die Armen verteilt werden sollen, ein rechtliches Hindernis bilden, die im § 2072 enthaltenen Gesetzesvorschriften in den durch die besonderen letztwilligen Bestimmungen der Erblasserin gezogenen Grenzen immer noch als maßgebend anzunehmen" ...

---

76. Ist die Entschließung eines Schiedsgerichts, welche sich zwar als Schiedsspruch bezeichnet, in Wahrheit aber die Entscheidung über den Streit der Parteien ablehnt, ein dem Vollstreckungsurteile nach § 1042 C.P.O. zugänglicher Schiedsspruch?

VII. Civilsenat. Urt. v. 14. Oktober 1902 i. S. Leopold F. (Kl.) w. Max F. (Bekl.). Rep. VII. 332/02.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Die Parteien waren Brüder und hatten unter der Firma Louis A. F. zu L. eine offene Handelsgesellschaft gebildet. In dem Gesellschaftsvertrage vom 6. August 1892 hatten sie die Entscheidung der etwa zwischen ihnen entstehenden Streitigkeiten einem Schiedsgericht übertragen. Dieses trat auf Anrufen des jetzigen Beklagten im April 1900 zusammen, und es kam vor ihm am 11. April 1900 ein Vergleich zustande, nach welchem der Beklagte das Geschäft gegen eine näher bestimmte Abfindung seines Bruders übernahm. Unter dem 18. Mai 1901 teilte jedoch der Beklagte dem Vorsitzenden des Schiedsgerichts, Kaufmann H., mit, daß der Kläger den Vergleich als rechtsunwirksam anfechten wolle, daß er — Beklagter — deshalb auch seinerseits nicht mehr bei der durch den Vergleich erfolgten Vermögensauseinandersetzung stehen zu bleiben in der Lage sei, und daß er bitte, den Zusammentritt des Schiedsgerichts zu einer Sitzung veranlassen und die Parteien laden lassen zu wollen. Im dem Vergleiche vom 11. April 1900 war unter Ziff. VI festgesetzt: „... sollten wider Erwarten bei Ausführung dieses Vergleichs Differenzen entstehen, so sollen sie von diesem Schiedsgericht entschieden werden". Der Vorsitzende H. forderte darauf durch Schreiben vom 11. Juni 1901 den Beklagten auf, die in dem neuen Verfahren zu stellenden Anträge zu formulieren, worauf dieser erwiderte, daß nach seiner Auffassung die Anträge in dem durch den Vergleich abgeschlossenen Verfahren auch für das neue Verfahren maßgebend seien. Nachdem hierauf der Kläger auf ein vom Schiedsrichter, Justizrat B., im Auftrage des Schiedsgerichts an ihn gerichtetes Schreiben erklärt hatte, daß er die Wiederaufhebung des Vergleichs und die Zuständigkeit des Schiedsgerichts für den wieder auflebenden Schiedsstreit nicht anerkenne, und nachdem der Beklagte von dieser Antwort in Kenntnis gesetzt war, erging am 13./16. September 1901 der sich als Schiedsspruch bezeichnende Beschluß, welcher der Klage als Anlage beigefügt ist, und durch den der Beklagte Max F. mit seinem Antrag auf Wiedereröffnung des durch den Vergleich vom 11. April 1900 abgeschlossenen

Schiedsstreits zurückgewiesen wurde. Der Kläger erhob nunmehr Klage auf Erlaß des Vollstreckungsurteils bezüglich dieses neuerlichen Schiedsspruchs.

Der Beklagte machte unter anderem geltend, daß ein dem Vollstreckungsurteil zugänglicher Schiedsspruch überhaupt nicht vorliege.

Das Landgericht erließ indessen das Vollstreckungsurteil und das Oberlandesgericht wies die Berufung zurück. Der Revision ist Folge gegeben worden.

Aus den Gründen:

„In der Sache selbst ist die Annahme des Berufungsrichters, daß ein dem Vollstreckungsurteil zugänglicher Schiedsspruch gegeben sei, rechtsirrtümlich. Das Schiedsgericht hat allerdings in einer Entscheidung, die es mit der Überschrift „Schiedsspruch" versehen hat, den Antrag des jetzigen Beklagten auf Wiedereröffnung des durch den Vergleich vom 11. April 1900 abgeschlossenen Schiedsstreitverfahrens abgelehnt, weil es sich, wie aus den Gründen hervorgeht, zu einem Urteil über die neuerdings zwischen den Parteien ausgebrochenen Streitigkeiten nicht für zuständig erklärt. Es hat also seine Tätigkeit verweigert. Diese in der Form eines Schiedsspruchs ergangene Entschließung ist in Wahrheit kein der Rechtskraft fähiger Schiedsspruch, der durch ein Vollstreckungsurteil nach § 1042 C.P.O. die staatliche Anerkennung erlangen könnte. Der Schiedsspruch im Rechtssinne beruht auf der Vereinbarung der Parteien, vermöge deren sie sich dem Urteil der von ihnen erwählten Privatrichter über eine aus einem bestimmten Rechtsverhältnis hervorgehende Streitigkeit unterworfen haben (§ 1026 C.P.O.). Der Wille der kompromittierenden Parteien verleiht dem schiedsrichterlichen Ausspruche seine Entscheidungskraft. Daraus ergibt sich von selbst, daß, wenn das Schiedsgericht der Aufforderung, seines Amtes zu walten, also über den Streit zu entscheiden, keine Folge gibt, weil es diesen Streit für außerhalb des Rahmens des Schiedsvertrages liegend erachtet, von einem Schiedsspruche keine Rede sein kann. Für ein Vollstreckungsurteil ist daher kein Raum.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 349.

In Rechtskraft kann der Bescheid der Schiedsrichter, daß sie in der Sache nicht zuständig seien, niemals erwachsen, wobei die Bezeichnung des Bescheides als Schiedsspruch unerheblich ist. Insbesondere ist die

entsprechende Anwendung des § 11 C.P.O., auf welche der Berufungsrichter hinzudeuten scheint, völlig ausgeschlossen; es fehlt an der Voraussetzung mehrerer Gerichte, deren sachliche Zuständigkeit zweifelhaft sein könnte, und an der Möglichkeit, daß ein anderes Gericht durch die Unzuständigkeitserklärung gebunden werde.

Liegt sonach ein Schiedsspruch nicht vor, so kommt auch nicht in Betracht, daß die Entscheidung dem Kläger (jetzigen Beklagten) die Kosten des durch seinen Antrag veranlaßten Verfahrens auferlegt. Wenn die Entscheidung in der Hauptsache kein vollstreckungsfähiger Schiedsspruch ist, so kann sie es auch nicht im Kostenpunkte sein; eine selbständige Bedeutung kommt ihr in diesem Punkte nicht zu." . . .

---

77. Setzt der Anspruch auf Mietsentschädigung bei Versetzungen voraus, daß der Vermieter dem versetzten Beamten die Wohnung für die fragliche Zeit frei gehalten hat?

III. Civilsenat. Urt. v. 14. Oktober 1902 i. S. Sch. (Kl.) w. preuß. Justizfiskus (Bekl.). Rep. III. 242/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Gründe:

„Der Kläger, der durch Verfügung des Justizministers vom 9. Oktober 1899 als Amtsgerichtsrat von Guben nach Berlin versetzt ist, konnte seine Gubener Wohnung nach seinem Mietsvertrage frühestens, wie er auch getan hat, zum 1. April 1900 kündigen, und er hat auch bis dahin den vertragsmäßig praenumerando zahlbaren Mietzins Ende Dezember 1899 bezahlt. Die Wohnung, die Kläger nicht weiter benutzt hat, hat erst zum 1. April 1900 wieder vermietet werden können; der vom Hauseigentümer angenommene neue Mieter hat aber, ohne dafür besonders Entgelt gewähren zu müssen, die Wohnung bereits am 1. März 1900 bezogen. Kläger hat von diesem früheren Einzug nichts gewußt. Bei dieser Sachlage hat der Beklagte dem Kläger die Erstattung des Mietzinses für den Monat März 1900

verweigert, und seine auf Zahlung des entsprechenden Betrages erhobene Klage ist vom Berufungsgericht abgewiesen. Die gegen diese Entscheidung nunmehr von seiten des Klägers erhobene Revision kann nicht für begründet erachtet werden. Nach § 4 des Gesetzes vom 24. Februar 1877, betr. die Umzugskosten der Staatsbeamten, hat Kläger nur Vergütung für diejenige Miete zu beanspruchen, die er notwendig hat aufwenden müssen, wovon keine Rede sein kann, wenn eine rechtliche Verpflichtung zur Zahlung für ihn nicht bestand. Mit Recht führt aber das Berufungsgericht aus, daß der Anspruch des Vermieters auf die Miete voraussetzt, daß er während der Vertragszeit die Wohnung dem Mieter bereit gehalten hat, und daß daher für den Monat März 1900, in welchem dies, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, nicht geschehen ist, ein Mietsanspruch für ihn nicht entstanden ist, der Kläger daher, wenn er postnumerando zu zahlen gehabt hätte, Miete für den Monat März nicht hätte zu zahlen brauchen, ihm somit ein Anspruch auf Erstattung auch nicht hätte erwachsen können. Dies kann aber nicht dadurch geändert sein, daß im vorliegenden Falle der Mietzins praenumerando zu zahlen war und gezahlt ist, da dies nur unter der Voraussetzung der Gegenleistung geschah, und mit dem Fortfall der letzteren ohne weiteres der entsprechende Betrag vom Vermieter zurückgefordert werden konnte. Steht aber dem Kläger dieser Rückforderungsanspruch gegen den Vermieter zu, so kann er nicht den gleichen Betrag als Entschädigung von dem Beklagten fordern."

---

78. Ist die Aktiengesellschaft befugt, zwecks Herstellung neuer Betriebsmittel Vorzugsaktien ohne Erhöhung des Grundkapitals dadurch zu schaffen, daß ihre Generalversammlung unter Einhaltung der für Abänderungen des Gesellschaftsvertrags maßgebenden Vorschriften beschließt, solche Aktien auszugeben und den Aktionären deren Erwerb gegen Einlieferung von Stammaktien zu einem höheren Nennwert, sowie Zuzahlung eines bar zu entrichtenden Geldbetrags freizustellen?

2. Kann die Generalversammlung gültig beschließen, daß die

Aktien derjenigen Aktionäre, die das Bezugsrecht nicht ausüben, in einem ungünstigeren Verhältnis zusammenzulegen seien?
H.G.B. §§ 185. 211. 262 Ziff. 3. 274. 275 Abs. 1. 288.

I. Civilsenat. Urt. v. 15. Oktober 1902 i. S. H. (Kl.) w. Aktiengesellsch. Märkisch-Westph. Bergwerksverein (Bekl.). Rep. I. 131/02.

I. Landgericht Hagen i. W.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Durch den Aufsichtsrat der beklagten Gesellschaft, deren nicht näher angegebenes Grundkapital in Stammaktien über je 600 ℳ eingeteilt war, wurde die ordentliche Generalversammlung der Aktionäre auf den 12. November 1901 und unter Ziff. 6 der Tagesordnung ein Antrag auf Herabsetzung des Grundkapitals durch Zusammenlegen der Aktien, sowie auf gleichzeitige Erhöhung desselben durch Ausgabe von Vorzugsaktien angekündigt. In dieser Versammlung, in der 2053 Aktien mit ebensoviel Stimmen vertreten waren, wurde hierüber beraten und mit 1777 gegen 274 Stimmen, bei zwei Stimmenthaltungen ein Beschluß gefaßt, der im wesentlichen folgenden Inhalt hatte:

I. Die Gesellschaft schafft bis zu 1850 auf den Inhaber lautende Vorzugsaktien zu je 1000 ℳ zum Zwecke der Beschaffung neuer Mittel in Höhe von 890000 ℳ. Soweit dieser Betrag nicht erreicht wird durch Zusammenlegung der Stammaktien und Umtausch derselben nach Zuzahlung in Vorzugsaktien, gibt die Gesellschaft auf den Inhaber lautende Vorzugsaktien zu je 1000 ℳ aus. Die Ausgabe geschieht zum Nennwert.

Es folgen sodann die Bestimmungen über die Vorrechte der Vorzugsaktien, die dahin gehen, daß letztere je zwei Stimmen gewähren und aus dem für die Aktionäre bestimmten Reingewinn 6 Prozent, die eventuell aus dem Gewinne späterer Jahre nachzuzahlen sind, vorweg erhalten, daß danach auf die Stammaktien eine Dividende bis zu 4 Prozent zu zahlen und ein dann etwa noch bleibender Überschuß auf die Vorzugsaktien und die Stammaktien nach Verhältnis ihres Nennwerts zu verteilen ist. Im Falle der Liquidation sollen die Vorzugsaktien vor den Stammaktien den Nennwert erhalten.

II. Den Inhabern der Stammaktien wird ein Bezugsrecht auf die auszugebenden Vorzugsaktien in der Weise gewährt, daß dieselben

unter Zuzahlung von 800 ℳ auf je fünf Stammaktien zu je 600 ℳ Nennwert diese 5 Stammaktien gegen 2 Vorzugsaktien umtauschen könne. Wenn nicht spätestens am 1. März 1902 durch Umtausch der Stammaktien in Vorzugsaktien oder durch Begebung der Vorzugsaktien neue Mittel in Höhe von 890000 ℳ beschafft sind und die handelsregisterliche Eintragung der durch die Ausgabe der Vorzugsaktien erfolgten Erhöhung des Grundkapitals geschehen ist, so wird der Beschluß über die Ausgabe von Vorzugsaktien hinfällig.

III. Das gegenwärtige Grundkapital wird in der Weise herabgesetzt, daß

1. bei dem unter Zahlung von 800 ℳ erfolgenden Umtausch von 5 Stammaktien zu je 600 ℳ in 2 Vorzugsaktien zu je 1000 ℳ die 5 Stammaktien mit 3000 ℳ Nennwert nur mit 1200 ℳ in Anrechnung kommen,

2. diejenigen Stammaktien, auf die das Bezugsrecht nicht ausgeübt wird, im Verhältnis von 4 zu 1 zusammengelegt werden. Dieser Zusammenlegung unterliegen, wenn der Beschluß wegen Ausgabe von Vorzugsaktien hinfällig wird, sämtliche Stammaktien.

Die zur Zusammenlegung eingereichten und nicht als zusammengelegt abgestempelten Aktien sind zu vernichten. Soweit die Stammaktien nicht eingereicht werden, sollen sie für kraftlos erklärt werden, nachdem ein durch Verkauf an der Börse für sie ermittelter Preis an die Inhaber abgeführt oder für sie hinterlegt ist.

IV. Der durch die Herabsetzung des Grundkapitals verfügbar werdende Betrag soll zur Ausgleichung der vorhandenen Unterbilanz, zur Abschreibung auf Berggerechtsame und zur Bildung einer Sonderrücklage dienen.

Kläger, Aktionär der beklagten Gesellschaft, war in der Generalversammlung durch seinen Prokuristen vertreten, der für ihn Widerspruch gegen den Beschluß zum Protokoll erklärte. Alsdann focht er den Beschluß an und beantragte, denselben für ungültig zu erklären und aufzuheben.

In erster Instanz wurde diesem Antrage entsprochen, jedoch mit der Maßgabe, daß der Beschluß insoweit, als er ausspricht, die Stammaktien sollten für den Fall, daß der Beschluß wegen Ausgabe von Vorzugsaktien hinfällig werde, sämtlich im Verhältnis von 4 zu 1 zusammengelegt werden, aufrecht erhalten wurde. Auf Berufung der

Beklagten wurde dagegen die Klage abgewiesen. Die Revision des Klägers führte zur Wiederherstellung des ersten Urteils aus folgenden

Gründen:

„Durch den angefochtenen Beschluß ist von der Generalversammlung der beklagten Gesellschaft beschlossen worden:

1. Die Ausgabe von 1850 Stück Vorzugsaktien über je 1000 ℳ entweder a) gegen Einlieferung von Stammaktien an Zahlungsstatt und Zuzahlung von barem Gelde oder b) gegen Zeichnung, und zwar behufs Schaffung von neuen Mitteln in Höhe von 890000 ℳ und mit der Maßgabe, daß der Beschluß über die Ausgabe von Vorzugsaktien hinfällig sein solle, wenn nicht spätestens am 1. März 1902 jene Summe beschafft und im Handelsregister die durch die Ausgabe bedingte Erhöhung des Grundkapitals eingetragen sein werde;

2. ein Bezugsrecht der Aktionäre derart, daß diese für je 5 Stammaktien über je 600 ℳ und 800 ℳ bar 2 Vorzugsaktien über je 1000 ℳ sollen erwerben können;

3. Zusammenlegung der Aktien derjenigen Aktionäre, die das Bezugsrecht nicht ausüben, im Verhältnis von 4 zu 1;

4. Zusammenlegung der Aktien sämtlicher Aktionäre im Verhältnis von 4 zu 1, falls der Beschluß über die Ausgabe von Vorzugsaktien hinfällig werde.

Das Landgericht hat diesen Beschluß in seiner Bestimmung unter Ziff. 4 für gültig, im übrigen aber für unzulässig und deshalb für nichtig erachtet, weil er in seinen anderen Bestimmungen eine ungleiche Behandlung der Aktionäre in Aussicht nehme und deshalb gegen § 185 H.G.B. verstoße, überdies auch die Aktionäre durch Zwang zur Leistung eines über den Nennbetrag der Aktien hinausgehenden Kapitalbetrags anhalten wolle und hierdurch dem § 211 H.G.B. sowie dem § 138 B.G.B. zuwiderlaufe.

Das Berufungsgericht hat zunächst nicht nur die Bestimmung unter Ziff. 4, sondern auch die Bestimmungen unter Ziff. 1 und 2 erörtert und für gesetzmäßig erachtet. Hierin muß dem Berufungsgericht zugestimmt werden.

Die Herabsetzung des Grundkapitals einer Aktiengesellschaft durch Zusammenlegung ihrer Aktien ist statthaft und kann von der Generalversammlung unter Einhaltung derjenigen Vorschriften die für eine

Abänderung des Gesellschaftsvertrags zu beobachten sind, und der in diesem für solchen Fall etwa getroffenen besonderen Bestimmungen, beschlossen werden. Dies ist aus § 288 H.G.B. zu entnehmen und während der Geltung der entsprechenden Bestimmungen in Art. 248 A.D.H.G.B. vom Reichsgericht wiederholt anerkannt worden.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 36 S. 134, Bd. 37 S. 131, Bd. 38 S. 95.

Die Bestimmungen in § 227 (Art. 215d Abs. 2) über die Einziehung (Amortisation) von Aktien stehen nicht im Wege, da diese einen hiervon verschiedenen Fall betreffen.

Ebenso zweifellos ist es, daß die Beschaffung neuen Betriebskapitals durch Ausgabe von Vorzugsaktien in der Weise erfolgen kann, daß unter Beobachtung der Bestimmungen in §§ 278, 185 H.G.B. (vgl. Artt. 215a Abss. 1, 2. 209a Ziff. 4) das Grundkapital erhöht und beschlossen wird, die neu auszugebenden Aktien mit Vorzugsrechten auszustatten.

Gegen die Gültigkeit des angefochtenen Beschlusses unter Ziff. 4 und unter Ziff. 1, soweit dort die Ausgabe von Vorzugsaktien gegen Zeichnung in Aussicht genommen wird, ist deshalb nichts zu erinnern.

Nicht so bedenkenfrei ist es dagegen, ob behufs Beschaffung neuer Betriebsmittel auch ein Bezugsrecht der Aktionäre auf Vorzugsaktien so, wie unter Ziff. 1 und 2 geschehen ist, beschlossen werden durfte. Die Ausübung dieses Bezugsrechts würde trotz der damit verbundenen Barzahlungen nicht eine Erhöhung, sondern eine Verringerung des Grundkapitals zur Folge haben, da für den Erwerb von zwei Vorzugsaktien über zusammen 2000 ℳ zwar 800 ℳ bar gezahlt, im übrigen aber fünf Stammaktien über zusammen 3000 ℳ hingegeben werden sollten. Durch den angefochtenen Beschluß ist mithin die Schaffung von Vorzugsaktien ohne Erhöhung des Grundkapitals gegen Zahlung baren Geldes in Aussicht genommen. Die Frage, ob dies zulässig sei, ist von jeher streitig gewesen, gegenwärtig jedoch entschieden, und zwar durch das jetzt geltende Handelsgesetzbuch, das in § 262 die Bildung eines Reservefonds zur Deckung eines aus der Bilanz sich ergebenden Verlustes vorsieht und unter Ziff. 3 die Bestimmung enthält, daß in diesen Fonds „der Betrag von Zuzahlungen, die ohne Erhöhung des Grundkapitals von Aktionären gegen Gewährung von Vorzugsrechten für ihre Aktien geleistet werden" einzu-

stellen sei, soweit nicht eine Verwendung dieser Zahlungen zu außerordentlichen Abschreibungen oder zur Deckung außerordentlicher Verluste beschlossen werde. Allerdings ist hierdurch nur gesagt, in welcher Weise solche Zuzahlungen zu verwenden seien, und nicht ausdrücklich bestimmt, daß die Umwandlung von Stammaktien in Vorzugsaktien auch durch Mehrheitsbeschluß erfolgen könne. Mit Rücksicht hierauf ist daher geltend gemacht worden, daß durch § 262 freilich eine derartige Umwandlung gegen Zuzahlung für zulässig erklärt, jedoch darüber, unter welchen Voraussetzungen dies geschehen könne, nichts gesagt werde, dann aber für die Umwandlung die Zustimmung sämtlicher Aktionäre gefordert werden müsse.

Vgl. Staub, Handelsgesetzbuch 6. und 7. Aufl. Anm. 2 zu § 185;
Laband in der Deutschen Juristenzeitung 1902 S. 230.

Allein dies ist nicht zutreffend. Bei der Vorlage des Entwurfs des jetzt geltenden Handelsgesetzbuchs wurde in der begleitenden Denkschrift,
Drucksachen des Reichstags 1895/97 Nr. 632 S. 122,
bemerkt, „die Frage, ob bei einer bestehenden Gesellschaft auch außer dem Falle der Erhöhung des Grundkapitals Prioritätsrechte begründet werden können, ist durch die auf den Reservefonds bezügliche Vorschrift des § 255 Nr. 3 — § 262 Ziff. 3 des Gesetzes — entschieden". Hierbei ist zu beachten, daß jene Frage, obwohl lebhaft umstritten, in der Praxis vielfach bejaht worden war, und zwar u. a. durch in der Beschwerdeinstanz ergangene Entscheidungen des Königlich sächsischen Justizministeriums,
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd. 35 S. 240,
des Oberlandesgerichts zu Hamburg,
Holdheims Wochenschrift[1] für Aktienrecht Bd. 1 S. 26,
und des Kammergerichts zu Berlin,
Holdheims Monatsschrift[1] für Aktienrecht Bd. 6 S. 130.

Trotz der entgegenstehenden, gewiß anzuerkennenden Bedenken neigte mithin die Praxis offenbar dazu, ein Bedürfnis für die Bejahung anzuerkennen; bei der immerhin vorhandenen Zweifelhaftigkeit aber lag es bei dem Erlaß des neuen Handelsgesetzbuchs nahe, zu der Frage Stellung zu nehmen. Und wenn nun dies durch die in § 255 Ziff. 3 des Entwurfs vorgeschlagene Bestimmung erfolgte, so ist

[1] Der Titel der Zeitschrift hat sich geändert. D. E.

hieraus zu schließen, daß man beabsichtigte, hierdurch die Zulässigkeit von Mehrheitsbeschlüssen anzuerkennen, also als gegeben vorauszusetzen. Hiermit steht es im Einklang, daß die Denkschrift an zwei anderen Stellen (S. 305 und auch schon auf S. 147) die Zulässigkeit solcher Beschlüsse als selbstverständlich zu betrachten scheint. Diese Absicht aber hat auch im Gesetz genügenden Ausdruck gefunden. Denn der Fall, daß Beschlüsse der in Rede stehenden Art von den Aktionären einer Aktiengesellschaft einstimmig, also ohne den Widerspruch auch nur eines einzigen Aktionärs gefaßt werden, darf als ein so seltener betrachtet werden, daß nicht anzunehmen ist, es habe nur dieser Fall geregelt werden sollen. Aus der Bestimmung, wie sie in § 262 Ziff. 3 H.G.B. vorliegt, ist vielmehr zu entnehmen, daß das Gesetz die Schaffung von Vorzugsaktien ohne Kapitalerhöhung gegen Zuzahlung gestattet und hierfür keine anderen Erfordernisse aufstellt, als diejenigen, die für Abänderungen des Gesellschaftsvertrages im allgemeinen gelten (vgl. §§ 274. 275 Abs. 1 H.G.B.). Wird aber dies für zulässig erachtet, so kann auch nichts dagegen erinnert werden, wenn die Generalversammlung, wie es im vorliegenden Falle geschehen ist, Vorzugsaktien in der Weise schafft, daß sie den Aktionären ein Bezugsrecht gegen eine Barzahlung und Hingabe von Stammaktien anbietet. Gegen die oben erwähnten entsprechenden Bestimmungen unter Ziff. 1 und 2 des Beschlusses ist daher rechtlich ebenfalls nichts einzuwenden.

Dagegen muß die Bestimmung unter Ziff. 3, daß die Aktien derjenigen Aktionäre, die das Bezugsrecht nicht ausüben, im Verhältnis von 4 zu 1 zusammenzulegen seien, beanstandet werden. Daß ein derartiger Beschluß stets gegen die guten Sitten verstoße und deshalb schon nach § 138 B.G.B. nichtig sei, ist freilich nicht als allgemeine Regel anzuerkennen. Es wird sich zunächst doch immer fragen, ob nicht auch solche Beschlüsse zu den an sich erlaubten Abänderungen des Gesellschaftsvertrags zu rechnen seien, und wenn dies zu bejahen wäre, so würde § 138 B.G.B., wenn er überhaupt anwendbar sein sollte, höchstens dann in Betracht kommen, wenn dies durch besondere, hier nicht vorliegende Umstände bedingt wäre. Es ist jedoch jener Bestimmung aus einem anderen Grunde die Gültigkeit zu versagen, und zwar deshalb, weil sie gegen den das Rechtsverhältnis der Aktionäre beherrschenden, auch in § 185 H.G.B. zum Ausdruck ge-

langten, obersten Grundsatz der Gleichberechtigung aller Aktionäre verstößt und ein Zwangsmittel anwendet, um die Aktionäre zu einer Leistung zu veranlassen, die über ihre durch § 211 H.G.B. begrenzte Verpflichtung hinausgeht. Es ist zwar richtig, daß in dem vorliegenden Falle sämtlichen Aktionären ohne jede Unterscheidung das Bezugsrecht auf die neuen Vorzugsaktien angeboten worden ist. Es ist ferner durchaus richtig, daß der Beschluß, wenn er sich auf die Schaffung von Vorzugsaktien gegen Zuzahlung beschränkte, gültig sein würde, in einem solchen Beschluß aber ebenfalls schon ein Zwangsmittel zur Leistung der gewünschten Zuzahlung läge, da schon die Schaffung von Vorzugsaktien diejenigen Aktionäre, die sie nicht erwerben wollen oder können, höchst empfindlich zu schädigen geeignet ist. Allein eine derartige Maßnahme ist vom Gesetze erlaubt und darf nicht zu der Folgerung benutzt werden, daß es jeder Aktiengesellschaft, die neuer Betriebsmittel bedarf, freistehe, solche von ihren Aktionären bei Vermeidung noch weiterer Nachteile einzufordern. Wäre dies statthaft, so würde es,

vgl. Urteil des Kammergerichts zu Berlin vom 25. Januar 1902, Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 153,

einer Aktiengesellschaft auch freistehen, von ihren Aktionären für jede Aktie einen Zuschlag von 5 Prozent zu fordern, mit der Androhung, daß diejenigen Aktien, auf die der Zuschlag nicht geleistet werde, nach dem Verhältnis von 6 zu 1 zusammengelegt werden sollten. Das Berufungsgericht meint zwar, daß dieser Fall, auf den vom Kläger hingewiesen wurde, anders geartet sei, als der gegenwärtig zu entscheidende; allein dies ist nicht zutreffend, in der Frage, auf die es ankommt, steht der Beschluß, der jenem Urteil des Kammergerichts zu grunde lag, mit dem hier zu erörternden auf einer Linie. Es ist etwas anderes, ob demjenigen Aktionär, der eine geforderte Einzahlung nicht leisten will oder kann, nur angedroht wird, daß er mit seiner Aktie zurücktreten müsse, oder ob ihm angedroht wird, daß ihm seine Anteilsrechte außerdem noch in höherem Maße geschmälert würden, als denen, die die Zuzahlung leisten. Dies ist ein Zwang, der nicht gestattet ist, und eine Maßnahme, die in ihrer Durchführung zu einer nicht erlaubten ungleichen Behandlung führt. Im vorliegenden Falle ist den Aktionären, die 800 ℳ einzahlen, freigestellt, fünf Stammaktien über zusammen 3000 ℳ mit 1200 ℳ an Zahlungsstatt zu

geben, also 40 Prozent des Nennbetrags zu behalten; die anderen sollen sich eine Zusammenlegung von 4 zu 1 gefallen lassen, also nur 25 Prozent behalten. Daher ist dieser Teil des Beschlusses gesetzwidrig und daher nichtig.

Nach der vorstehenden Darlegung ist von dem angefochtenen Beschlusse nur die Bestimmung unter Ziff. 3 nichtig; es würde also insofern genügen, nur diese zu vernichten, während nicht nur die Bestimmung unter Ziff. 4, sondern auch die unter Ziff. 1 und 2 aufrecht erhalten werden könnten. Allein dies würde dem Inhalt des gesamten Beschlusses nicht entsprechen, denn durch denselben ist den Aktionären und auch dritten Personen der Bezug der neuen Vorzugsaktien nur so angeboten, daß gleichzeitig in Aussicht gestellt wurde, die Aktien, auf die das Bezugsrecht nicht ausgeübt werde, sollten im Verhältnis von 4 zu 1 zusammengelegt werden. Es stehen daher die Bestimmungen des Beschlusses derart in Zusammenhang, daß mit denjenigen unter Ziff. 3 auch die unter Ziff. 1 und 2 fallen müssen, also nur, wie durch das Urteil des Landgerichts geschehen ist, diejenige unter Ziff. 4 aufrecht erhalten bleibt." ...

---

79. Liegt eine Verschlechterung des Grundstücks im Sinne des § 1133 B.G.B. oder nur die Besorgnis einer solchen Verschlechterung im Sinne des § 1134 B.G.B. vor, wenn der Eigentümer es unterläßt, die abgelaufene Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr zu erneuern?

V. Civilsenat. Beschl. v. 15. Oktober 1902 i. S. G. (Kl.) w. Gesellsch. M. (Bekl.). Beschw.-Rep. V. 170/02.

I. Landgericht Allenstein.
II. Oberlandesgericht Königsberg i. P.

Der Sachverhalt ergibt sich aus den

Gründen:

... „Die Beklagte soll eine Verschlechterung des Grundstücks, durch welche die Sicherheit der Hypothek gefährdet worden sei, da-

durch herbeigeführt haben, daß sie es unterließ, die abgelaufene Versicherung der aufstehenden Gebäude gegen Feuersgefahr zu erneuern. Der Kläger hat ihr zur Beseitigung dieses Mangels, also zur Erneuerung der Versicherung im September 1901 (vor Anstellung der Klage), eine einwöchentliche Frist gesetzt, die Beklagte hat aber weder während dieser Frist noch überhaupt bis jetzt die Versicherung erneuert. Der Berufungsrichter findet hierin den Tatbestand des § 1133 B.G.B. und erachtet daher den Kläger für berechtigt, nach dem Ablaufe der Frist sofort Befriedigung aus dem Grundstücke zu suchen. Dieser Ausführung kann nicht beigetreten werden.

Das Reichsgericht hat allerdings unter der Herrschaft des preußischen Grunderwerbsgesetzes vom 5. Mai 1872 in der Nichterneuerung des Versicherungsvertrags für Gebäude und mithaftendes Zubehör eine Verschlechterung des Grundstücks im Sinne des § 50 jenes Gesetzes gefunden; aber damals sprach das Gesetz überhaupt nur von „erheblichen Verschlechterungen des Grundstücks", die den Gläubiger, wenn seine Sicherheit gefährdet wird, berechtigen sollten, „bei dem Prozeßrichter Sicherheitsmaßregeln zu beantragen, auch seine Befriedigung vor der Verfallzeit zu fordern". Zu einer Unterscheidung, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch in §§ 1133 und 1134 zwischen der bereits eingetretenen und der zu besorgenden Verschlechterung des Grundstücks aufstellt, bot das damalige Recht keinen Anhalt. Nachdem nun aber das jetzt geltende Recht diese Unterscheidung getroffen hat, und zwar mit verschiedenen Wirkungen je nachdem der eine oder andere Fall vorliegt, ist auch zu der Frage Stellung zu nehmen, ob in der Nichterneuerung von Versicherungsverträgen eine Verschlechterung des Grundstücks im Sinne des § 1133 zu finden, oder ob sie, weil sich aus ihr nur die Besorgnis einer Verschlechterung ergibt, dem § 1134 zu unterstellen ist. Das Reichsgericht hat,

in Übereinstimmung mit den Kommentaren von Planck, Note 2b zu § 1133, Förster-Turnau, 2. Aufl. Note 6 zu § 1133, und Fuchs, S. 439 unter 3b,

die Frage im Sinne der zweiten Alternative beantwortet. Entscheidend hierfür war, daß in § 1135 B.G.B. nur die Verschlechterung oder Verbringung mithaftender Zubehörstücke, nicht aber jedes einer ordnungsmäßigen Wirtschaft widersprechende Verfahren hinsichtlich der Gegenstände, auf welche sich die Hypothek erstreckt, der Verschlechte-

rung des Grundstülls gleichgestellt wird, und ferner, daß das Gesetz ausdrücklich in § 1134 Abs. 2 Satz 2 von dem Falle spricht, „wenn die Verschlechterung deshalb zu besorgen ist, weil der Eigentümer die erforderlichen Vorkehrungen gegen Einwirkungen dritter oder gegen andere Beschädigungen unterläßt". Die Motive (Bd. 3 S. 670 führen als Beispiele hierzu an, daß es sich „um die Bestellung von Feldern oder um notwendige Bauten zur Abwendung drohender Schäden" handeln könne; auf gleicher Linie steht aber auch die Abwendung des durch Feuersgefahr drohenden Schadens, und es muß daher angenommen werden, daß auch diese das Gesetz in den Schlußworten des § 1134 hat einbeziehen wollen.

Hiernach konnte der Kläger, wofern die Sicherheit seiner Hypothek (was zwischen den Parteien streitig ist) durch die Nichterneuerung der Versicherung gefährdet erschien, zwar die Wiederversicherung der Gebäude durch gerichtliche Zwangsmaßregeln herbeiführen (§ 1134 Abs. 2 B.G.B.), aber ein Recht, wegen der unterlassenen Weiterversicherung sofort seine Befriedigung aus dem Grundstück zu suchen, erwuchs ihm nicht, und konnte von ihm auch nicht durch Bestimmung einer Frist, binnen welcher die Beklagte die Versicherung erneuern sollte, in Anspruch genommen werden. Es kann daher auf sich beruhen bleiben, ob die gesetzte Frist eine angemessene war oder nicht." ...

---

80. 1. Ist der § 43 des preußischen Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz im Sinne des § 26 A.L.R. I. 6?

2. Ist die Vermutung aus §§ 25. 26. A.L.R. I. 6 auch auf die Beschädigung solcher Rechte zu beziehen, zu deren Schutz das Polizeigesetz nicht erlassen ist?

3. Erstreckt sich der in § 43 Abs. 1 des Fischereigesetzes gegebene Schutz fremder Fischereirechte auch auf gefangene Fische? auch auf Fische, die in einem anderen Fischereigebiet gefangen waren?

V. Civilsenat. Urt. v. 15. Oktober 1902 i. S. Akt.-Gesellsch. P.'sche Zuckerfabrik A. (Bekl.) w. J. u. Gen. (Kl.). Rep. V. 214/02.

I. Landgericht Greifswald.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Am 6. Oktober, am Abend desselben Tages und in der Nacht vom 9. auf den 10. Oktober 1899 war in der Peene bei Anklam ein großes Fischsterben eingetreten, wodurch den acht Klägern, Mitgliedern der Anklamer Fischerinnung, ein in der Klage für jeden einzelnen näher bezifferter Verlust von zusammen 2272,40 ℳ erwachsen sein sollte, indem ihnen die Fische krepiert waren, die sie teils in dem der Innung zustehenden Gebiete gefangen, teils von auswärts gekauft hatten. Sie behaupteten, daß dies durch die in die Peene abfließenden, den Fischen giftigen Abwässer der Zuckerfabrik der Beklagten verursacht worden sei, und verlangten wegen dieses Eingriffs in ihr Fischereirecht und das Recht, Fische in der Peene aufzubewahren, Ersatz des Schadens von der Beklagten auf Grund des ihr zur Last fallenden Verschuldens. In zweiter Instanz stützten sie die Klage in erster Linie auf § 43 des preußischen Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874, worin verboten wird (Abs. 1), in die Gewässer aus landwirtschaftlichen oder gewerblichen Betrieben Stoffe von solcher Beschaffenheit und in solchen Mengen einfließen zu lassen, daß dadurch fremde Fischereirechte geschädigt werden können.

Die Beklagte bestritt die Klagebehauptungen und hielt auch den § 43 des Fischereigesetzes auf schon gefangene Fische nicht für anwendbar.

In erster Instanz wurde der Klaganspruch dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt, die Berufung der Beklagten wurde zurückgewiesen. Die Revision der Beklagten hatte insoweit Erfolg, als Schadensersatz auch für solche Fische gefordert worden war, die nicht in dem Anklamer Fischereigebiet selbst gefangen worden waren. Insoweit wurde das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache in die Berufungsinstanz zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Das Berufungsgericht hat in Übereinstimmung mit dem ersten Richter die in vorstehendem Tatbestande wiedergegebene Bestimmung in § 43 Abs. 1 des Fischereigesetzes vom 30. Mai 1874 auf den vorliegenden Fall für anwendbar erachtet. Diese Bestimmung stellt sich als ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz im Sinne

des § 26 A.L.R. I. 6 dar, wie schon wiederholt vom Reichsgericht anerkannt worden ist.

Vgl. z. B. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 38 S. 271.

Da nun die Beklagte sich nicht darauf berufen kann, daß ihr die Ableitung der Abwässer aus ihrer erst im Jahr 1898 errichteten Zuckerfabrik in die Peene von dem dafür zuständigen Bezirksausschusse gestattet worden sei,

§ 43 Abs. 2 des Fischereigesetzes und § 99 Nr. 1 des Zuständigkeitsgesetzes vom 1. August 1883,

so würde ihr nach §§ 25 und 26 A.L.R. I. 6 die Vermutung entgegenstehen, daß, wenn die Kläger in einem Fischereirecht bei Gelegenheit der Abwässerzuleitung geschädigt worden sind und solche Zuleitung geeignet war den Schaden zu bewirken, der Schaden in der Tat dadurch verursacht worden sei, und für diesen Schaden würde die Beklagte einzustehen haben, wenn sie nicht zur Widerlegung jener Vermutung beweisen kann, daß der Schaden auch bei Befolgung des Polizeigesetzes entstanden sein würde, und vorausgesetzt ferner, daß ihr bei der Zuwiderhandlung ein Verschulden zur Last fiel.

Das Berufungsgericht ist nach eingehender Erörterung der in Betracht kommenden tatsächlichen und rechtlichen Umstände zu dem Ergebnisse gelangt, daß alle diese Voraussetzungen für die Haftung der Beklagten vorliegen, und hat daher mit dem ersten Richter den erhobenen Schadensanspruch dem Grunde nach als berechtigt anerkannt. Hiergegen haben sich auch mit Ausnahme eines Punktes, des folgenden, keine Bedenken erheben lassen.

Die Kläger wollen dadurch geschädigt sein, daß ihnen bereits gefangene Fische krepiert sind. Dies ist im ersten Fall, am 6. Oktober 1899 bei Tage, mit Fischen geschehen, die von den Klägern 3 bis 7 in dem ihnen als Mitgliedern der Anklamer Fischerinnung zustehenden, hier in Frage kommenden Fischereigebiet gefangen worden waren und während diese Kläger noch mit dem Fischen beschäftigt waren. In dem zweiten Fall, am Abend des 6. Oktober 1899, sind dem Kläger zu 1 Fische, die er auf dem nicht zum Gebiet der Anklamer Fischerinnung gehörenden Achterwasser gekauft hatte, krepiert, während er sie auf der Peene, durch sein Fischereigebiet, nach Hause brachte. Und im dritten Fall, in der Nacht vom 9. auf den 10. Oktober 1899,

betraf das Fischsterben solche Fische, die sich in den Fischkasten der Kläger 1, 2, 4, 6 bis 8 in ihrem Fischereigebiet befanden, aber von diesen gleichfalls auswärts gekauft worden waren.

Das Berufungsgericht hat nun die Ansicht der Beklagten, daß der § 43 des Fischereigesetzes nur den Schutz noch nicht gefangener Fische bezwecke, verworfen und angenommen, daß die Kläger in allen drei Fällen durch das Krepieren der Fische in ihrem Fischereirecht geschädigt seien. Dies wird damit begründet, daß das Fischereirecht nicht bloß die Befugnisse gebe, Fische zu fangen, sondern auch die, Fische, selbst von auswärts und bloß zu einem vorübergehenden Zweck eingeführte, im Reviere zu halten und zu transportieren, und daß dies von den Klägern gerade im Hinblick auf ihr Fischereirecht ausgeübt worden sei.

Die Revision geht allerdings zu weit, wenn sie die Ansicht wiederholt, daß der § 43 auf den Schutz schon gefangener Fische überhaupt nicht abziele, aber darin muß ihr beigetreten werden, daß dieser Schutz sich nicht auf Fische erstreckt, die in einem anderen Fischereigebiet gefangen sind und dann in dem verunreinigten Gewässer gefangen gehalten werden. Wie in den Motiven mehrfach, in dem allgemeinen Teil und zu § 43, ausgesprochen wird,

Stenographische Berichte des preußischen Hauses der Abgeordneten in der Session 1873/74, Anlagenband 1 Aktenstück 98,

und wie sich auch aus dem Inhalt des Gesetzes ergibt, bezweckt dasselbe im öffentlichen Interesse, das Fischereigewerbe zu schützen und zu dem Ende den stark zurückgegangenen Fischbestand der Fischwasser zu erhalten und zu vermehren. Wenn nun der § 43 Abs. 1 solche Verunreinigung der Gewässer durch landwirtschaftliche oder gewerbliche Betriebe verbietet, durch welche fremde Fischereirechte geschädigt werden können, so fällt darunter jede Verunreinigung, die den fremden Fischereirechten in irgend einer Beziehung zum Schaden gereicht, und da läßt sich nicht bezweifeln, daß die Vergiftung von Fischen, die ein Fischereiberechtigter in dem Gewässer bevor es verunreinigt wurde, gefangen hatte, einen solchen Schaden bewirkt. Das Fischereirecht erschöpft sich nicht in der Befugnis, Fische zu fangen; diese Befugnis an sich hätte vielmehr gar keinen ökonomischen Wert und diente nicht dem öffentlichen, sondern höchstens einem sportlichen Interesse. Wertvoll und Gegenstand des öffentlichen Interesses wird

das Fischereirecht erst durch die Befugnis, die gefangenen Fische — sei es für den eigenen Tisch, sei es durch Veräußerung — zu verwerten; der Fischereiberechtigte wird also in seinem Fischereirecht auch dann geschädigt, wenn er hieran durch eine Verunreinigung des Gewässers, worin er den Fang aufbewahren muß, verhindert wird. Dies ist in dem ersten zur Frage stehenden Fall am 6. Oktober 1899 bei Tage geschehen, wo den Fischereiberechtigten der gemachte Fang sogar noch während des Fischens vernichtet wurde. Der Schadensanspruch der hierbei beteiligten fünf Kläger ist daher mit Recht dem Grunde nach anerkannt worden, und insoweit ist die Revision unbegründet.

Dagegen umfaßt das Fischereirecht in dem Sinne, den das Fischereigesetz damit verbindet, nicht auch das Recht, Fische aus anderen Gewässern in dem Fischrevier gefangen zu halten. Schon § 170 A.L.R. I. 9 beschreibt die Fischereigerechtigkeit als das ausschließende Recht, sich alle in dem bezüglichen Gewässer lebenden Tiere zuzueignen, und bestimmt in § 191 ausdrücklich, daß wer bloß die Fischgerechtigkeit habe, sich nicht deswegen in dem Gewässer andere Rechte des Grundeigentümers anmaßen dürfe. Danach ist also die etwaige Befugnis, die ein Fischereiberechtigter durch Verleihung oder Ersitzung erworben haben möchte, in seinem Fischrevier auch solche Fische aufzubewahren, die in anderen Gewässern gefangen sind, nicht Ausfluß seines Fischereirechts an diesem Revier. Ein anderer Sinn läßt sich nun aber auch nicht mit den Fischereirechten verbinden, zu deren Schutz das Fischereigesetz vom 30. März 1874 und insonderheit dessen § 43 bestimmt ist. In den Motiven wird ausgeführt,

vgl. Stenographische Berichte a. a. O. S. 440 unter Nr. 6 und S. 444 zum § 43,

daß eine zur Vernichtung des Fischbestandes geeignete Verunreinigung der Gewässer verboten und die Fischerei gegen diesen schlimmen Übelstand geschützt werden müsse. Dies wird auch im Abs. 3 des § 43 ausdrücklich hervorgehoben. Danach kann dieser Paragraph, dessen Wortlaut auch keine Bedenken nach dieser Richtung hervorruft, nicht anders verstanden werden als dahin: daß durch eine Verunreinigung des Wassers nicht die Fischerei in diesem Gewässer, d. i. die Aneignung und Verwertung des Fischbestandes dieses Gewässers, geschädigt werden darf. Es gehören nun zwar aus einem

anderen Gewässer herübergebrachte und hier in Freiheit gesetzte Fische zum Fischbestand dieses Gewässers, aber ein Fischereirecht im Sinne des § 43 wird weder dann geschädigt, wenn Fische krepieren, die in dem verunreinigten Gewässer von jemand gefangen gehalten werden, der an diesem Gewässer nicht zur Fischerei berechtigt ist, möchte er auch an anderen Gewässern fischereiberechtigt sein und dort die Fische gefangen haben, noch auch in dem hier eingetretenen Fall vom Abend des 6. und in der Nacht vom 9. auf den 10. Oktober 1899, daß die krepierten Fische von Fischern, die zur Fischerei in dem verunreinigten Gewässer berechtigt sind, zum Zweck des Verkaufs gefangen gehalten werden, aber nicht dort gefangen worden waren, also nicht dem Fischbestand des verunreinigten Gewässers angehören. In Fällen solcher Art würde der Schutz — wenn der § 43 anders zu verstehen wäre — nicht dem Fischereigewerbe, sondern dem Fischhandel zu statten kommen, der, auch wenn er in Verbindung mit der Fischerei betrieben wird, Handel bleibt und vom Gesetzgeber nicht in dem gleichen Maß wie die Fischerei als schutzbedürftig angesehen worden ist. Auch kann nicht etwa geltend gemacht werden, daß doch auch in Fällen dieser Art eine Beschädigung bei Gelegenheit der Zuwiderhandlung gegen ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz eingetreten sei und deshalb die Vermutung aus §§ 25. 26 A.L.R. I. 6 den Beschädigten zur Seite stehe. Auf die Verhütung solchen Schadens zielt das hier in Frage stehende Polizeigesetz, der § 43 des Fischereigesetzes, nicht ab. Die in einer anderen Richtung geschädigten Personen, also hier die an den Vorfällen am Abend des 6. und in der Nacht vom 9. auf den 10. Oktober 1899 beteiligten Kläger 1, 2, 4, 6—8 mögen daher, wenn sie nachweisen können, in einem ihnen zustehenden sonstigen Recht verletzt zu sein, die Zuwiderhandlung der Beklagten gegen ein Polizeigesetz zu dem Zweck verwerten können, um ein schuldvolles Verhalten der Beklagten im allgemeinen zu begründen, nicht aber können sie sich auf das zu ihrem Schutze gar nicht erlassene Polizeigesetz mit der Wirkung berufen, daß daraus gegen die Beklagte die von ihr zu widerlegende Vermutung der Verursachung des Schadens entstände.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 48 Nr. 71 S. 329. 332. Die Revision war demnach für begründet zu erachten insoweit, als auch mit Bezug auf die Vorfälle am 6. Oktober abends und in der

Nacht vom 9. auf den 10. Oktober 1899 der Klaganspruch für an sich begründet erklärt worden ist. Insoweit sowie im Kostenpunkt war daher das Berufungsurteil aufzuheben. Zur Endentscheidung war bezüglich dieser Vorfälle die Sache nicht reif. Die Kläger haben ihren Anspruch noch in anderer Weise als durch Berufung auf das Fischereigesetz zu begründen versucht." . . .

---

81. Kann der Wechselschuldner gegen seine Wechselschuld mit der Forderung an den Wechselgläubiger auf Gewährung vertraglich zugesagter Barvorschüsse aufrechnen?

BGB. §§ 387 flg.

I. Civilsenat. Urt. v. 15. Oktober 1902 i. S. S. (Bekl.) w. Vorschußverein Gr. (Kl.). Rep. I. 230/02.

I. Landgericht Mainz.
II. Oberlandesgericht Darmstadt.

Der Kläger verlangte von dem Beklagten, als Akzeptanten eines am 25. Dezember 1901 fälligen, ihm girierten Wechsels über 9000 ℳ die Wechselsumme mit Zinsen und Kosten.

Der Wechselaussteller K., dem gegenüber das Akzept aus Gefälligkeit gegeben war, hatte mit dem Kläger am 27. September 1901 einen Vertrag geschlossen, wonach dieser ihm einen offenen Kredit bis zum Belaufe von 70000 ℳ gewährte, dergestalt, daß er dem K. „bis zu bemerkter Höhe Vorschüsse in bar oder durch Trassierung von Wechseln in laufender Rechnung" machen sollte. Am 19. Dezember 1901 hatte dann K. ein Schreiben an den Kläger gerichtet, worin er auf diesen Vertrag Bezug nahm und geltend machte, daß der Kredit noch nicht erschöpft sei und hierauf wörtlich fortfuhr:

„deshalb ersuche ich Sie, das Akzept" — unstreitig das Klagakzept — „aus Ihrem Portefeuille zu entnehmen und mein Konto hiermit zu belasten. Ich erkläre Ihnen ausdrücklich, daß (der Beklagte) mir nichts schuldet."

Hierauf ging der Kläger nicht ein.

Gegen die Klage machte der Beklagte neben anderen Verteidigungen geltend, daß in dem Schreiben vom 19. Dezember 1901 die Erklärung des K. enthalten sei, mit seiner entsprechenden Forderung aus dem noch nicht erfüllten Kreditvertrag aufrechnen zu wollen, daß durch die Aufrechnung die Wechselschuld des K. getilgt worden sei, und daß diese Tilgung nach § 422 Abs. 1 B.G.B. auch ihm, dem Beklagten, zu gute komme.

Beide Vorinstanzen erachteten diesen Einwand für verfehlt. Das Reichsgericht ist dieser Ansicht beigetreten aus folgenden

Gründen:

... „Die Revision rügt nur, daß der Berufung des Beklagten auf die von K. erklärte Aufrechnung nicht stattgegeben worden sei. Die Rüge kann nicht für begründet angesehen werden. Ob der Grundsatz des § 422 Abs. 1 B.G.B., wonach die Aufrechnung durch einen Gesamtschuldner auch für die übrigen Schuldner wirkt, ohne weiteres auch auf das vielfach eigentümlich geregelte Solidarschuldverhältnis der Wechselverpflichteten Anwendung zu finden hätte (vgl. Urteil des erkennenden Senats vom 7. Mai 1902 in Sachen Leipziger Bank w. Z. Rep. I. 25/02) braucht hier nicht geprüft zu werden, da sich die Entscheidung der Vorinstanz aus anderen Gründen rechtfertigt. Das Landgericht hat seine Zurückweisung der Einrede darauf gestützt, daß die Aufrechnung wegen Ungleichartigkeit der sich gegenüberstehenden Forderungen unzulässig gewesen sei. Diesen Grund hat das Berufungsgericht dahingestellt sein lassen und seinerseits die Zurückweisung damit motiviert, daß in dem Briefe des K. vom 19. Dezember 1901 eine dem § 388 B.G.B. entsprechende Aufrechnungserklärung nicht enthalten sei. Die Revision erklärt diese Begründung für rechtsirrtümlich, weil dabei unter Verletzung des § 133 B.G.B. verkannt sei, daß für die Aufrechnungserklärung keine „sakramentellen Worte" vorgeschrieben seien, es vielmehr nur auf die erkennbare Äußerung des Aufrechnungswillens ankomme. In dem Briefe vom 19. Dezember 1901 findet die Revision den Willen des K., zur Tilgung der Wechselforderung eine Aufrechnung gegen seinen Anspruch auf Kredit durch Barvorschüsse vorzunehmen, völlig klar ausgesprochen. Diese Rüge geht fehl; sie verkennt den Inhalt des Briefes vom 19. Dezember 1901 und den Inhalt der vom Berufungsgerichte gegebenen Begründung. Allerdings ist diese Begründung insoweit mißverständlich, als sie zunächst hervor-

hebt, daß in dem obigen Briefe von einer Schuld des K. aus dem Wechsel vom 25. September und der Aufrechnung dieser Schuld an den klagenden Verein mit der angeblichen Forderung des ersteren aus seiner Kredithypothek keine Rede sei. Demgegenüber würde die Einwendung nahe liegen, daß trotz dem Mangel ausdrücklicher Erwähnung der eigenen Wechselschuld des K. aus dem Klagewechsel doch sein Wille, diese Wechselschuld getilgt zu sehen und dafür in entsprechender Höhe Schuldner des Klägers aus dem Kreditvertrage zu werden, sich aus dem ganzen Inhalte des Briefes wohl würde entnehmen lassen. Aber diese Einwendung würde den entscheidenden Punkt nicht treffen. Nicht daß in dem Briefe die Schuld des K. aus dem Klagewechsel nicht ausdrücklich erwähnt wird, ist das Wesentliche, sondern daß in diesem Briefe überhaupt nicht die Erklärung eines Aufrechnungswillens kann gefunden werden. So ist auch die Begründung im angefochtenen Urteile zu verstehen, wie der weitere Satz zeigt, der als den positiven Inhalt des Briefes bezeichnet „das an den Kläger gerichtete Ansinnen, seine Forderung gegen K. und S. (den Beklagten) als Gesamtschuldner dem erstgenannten auf Grund jener Kredithypothek allein zu belasten". Daß hiermit der Sinn der in dem Brief abgegebenen Willenserklärung des K. richtig dargelegt ist, kann mit Grund nicht bezweifelt werden. Danach hat aber K., wie das Berufungsgericht zutreffend annimmt, gar nicht diejenige einseitige, auf Aufrechnung zweier sich gegenüber stehender Forderungen gerichtete Erklärung abgegeben, welche, wenn die Voraussetzungen der Aufrechnung nach § 387 B.G.B. gegeben sind, gemäß § 389 das. das Erlöschen der sich deckenden Beträge der aufgerechneten Forderungen bewirkt, sondern er hat an den Kläger das Begehren gestellt, ihn durch Belastung auf seinem Konto in Höhe der Wechselschuld als Darlehnsschuldner auf Grund des Kreditvertrages vom 25. September 1901 unter Entlassung seiner selbst und des Beklagten aus der Wechselverpflichtung anzunehmen. Mit Recht hat das Berufungsgericht angenommen, daß dieses Ansinnen nur dann von Bedeutung für die Aufhebung der Wechselschuld des Beklagten sein könnte, wenn es der Kläger angenommen hätte, was unstreitig nicht geschehen ist. Auch wenn der Kläger nach Maßgabe des Kreditvertrages verpflichtet gewesen wäre, in diese Transaktion einzuwilligen, so hätte diese Verpflichtung doch den Mangel der Einwilligung nicht ersetzt, sondern dem K. nur einen Anspruch auf Ersatz des durch die

Ablehnung verursachten Schadens verschafft. Sachlich ist diese Betrachtung nahe verwandt mit der von dem Landgerichte gegebenen Begründung, welche, wie erwähnt, auf die Ungleichartigkeit der zur Aufrechnung stehenden Forderungen abgestellt ist. Auch diese Begründung, welche nur eine andere Seite des Rechtsverhältnisses betont, muß für zutreffend erachtet werden. Wenn K. zur Zeit des Briefes vom 19. Dezember 1901 gegen den Kläger überhaupt noch einen Anspruch auf Gewährung von Vorschüssen hatte, so war doch dieser Anspruch nicht einfach auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet, wie die Forderung aus dem Klagewechsel, sondern auf Zahlung einer Geldsumme zum Zwecke der Begründung eines Darlehnsschuldverhältnisses, auf Erfüllung des im Kreditvertrag enthaltenen Darlehnsvorvertrags durch Abschluß des Darlehnsrealvertrags. Allerdings besteht nach § 607 Abs. 2 B.G.B. die Möglichkeit, eine Darlehnsschuld auch dadurch zu begründen, daß Schuldner und Gläubiger von Geld oder anderen vertretbaren Sachen vereinbaren, die geschuldeten Gegenstände sollten als Darlehen geschuldet werden. Aber für die vorliegende Frage hat diese Möglichkeit keine Bedeutung; denn immer ist auch in diesem Falle eine Vereinbarung, ein Vertrag erforderlich. Für die Gleichartigkeit oder Ungleichartigkeit der Leistungen kommt es freilich nicht darauf an, aus welchem Grunde sie geschuldet werden. Aber es steht hier auch nicht eine bloße Ungleichartigkeit des Grundes in Rede, sondern eine Ungleichartigkeit des Inhalts selbst der Leistungen." ...

---

82. Was ist unter „persönlichen Eigenschaften" im Sinne des § 1333 B.G.B. zu verstehen?

IV. Civilsenat. Urt. v. 6. Oktober 1902 i. S. K. (Kl.) w. K. (Bekl.). Rep. IV. 206/02.

I. Landgericht Magdeburg.
II. Oberlandesgericht Naumburg a. S.

Aus den Gründen:

„Was die auf die §§ 1333 und 1334 B.G.B. gestützte Anfechtungsklage betrifft, so enthält das angefochtene Urteil die Feststellung,

daß der beklagte Ehemann etwa zehn Jahre vor der Eheschließung Päderastie getrieben hat, und daß dieser Umstand der Klägerin bei Eingehung der Ehe unbekannt geblieben ist.

Das Berufungsgericht erachtet auf diesen Tatbestand weder den § 1333 noch auch den § 1334 a. a. O. für anwendbar.

Die Entscheidungsgründe führen aus:

„Wenn nun der Beklagte in dem Bewußtsein, früher päderastischen Neigungen gefrönt zu haben, die Ehe mit der Klägerin geschlossen hat, ohne ihr hiervon Kenntnis zu geben, so ist darin eine arglistige Täuschung, wie der Vorderrichter zutreffend annimmt, nicht zu erblicken, weil die bloße Tatsache, daß der Beklagte zehn Jahre vor der Eheschließung Päderast gewesen ist, nicht als ein Umstand im Sinne des § 1334 B.G.B. anzusehen ist, der die Klägerin bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eheschließung mit dem Beklagten abgehalten haben würde, zumal dieser deswegen nicht bestraft worden ist.

Ebensowenig ist diese Tatsache eine in der Person des Beklagten fortdauernde Eigenschaft im Sinne des § 1333 B.G.B., welche die Klägerin bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eheschließung mit dem Beklagten abgehalten haben würde. Auf diese, zehn Jahre zurückliegende Päderastie kann somit eine Anfechtungsklage nicht gestützt werden.

Anders wäre es, wenn der Beklagte noch zur Zeit der Eheschließung Päderast gewesen wäre. Diese Eigenschaft würde dann, sei es in physischer, sei es in psychischer oder moralischer Beziehung, eine solche persönliche Eigenschaft des Beklagten im Sinne des § 1333 B.G.B. darstellen, welche die Klägerin bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von deren Eingehung hätte abhalten müssen."

In betreff der Anfechtung aus § 1334 a. a. O. hat schon das Landgericht, welchem der Berufungsrichter ausdrücklich zustimmt, ohne Rechtsirrtum angenommen, daß in dem bloßen Verschweigen der früheren geschlechtlichen Verirrung des Beklagten eine „arglistige Täuschung", nämlich „eine auf Täuschung des anderen Teils abzielende Handlungsweise", wie das Gesetz sie erfordert, nicht zu finden sei. Die von dem zweiten Richter hieran noch angeschlossene Erwägung, daß diese frühere Verirrung selbst auch kein Umstand sei,

dessen Kenntnis den Eheschließungswillen der Klägerin nach Maßgabe des § 1334 hätte beeinflussen können, kann hiernach auf sich beruhen bleiben.

Anlangend dagegen die weitere Begründung des Vorderrichters, mittels deren er auch das aus § 1333 B.G.B. entnommene Klagefundament verwirft, so erweckt dieselbe Bedenken.

Der § 1333 lautet:

„Eine Ehe kann von dem Ehegatten angefochten werden, der sich bei der Eheschließung in der Person des anderen Ehegatten oder über solche persönlichen Eigenschaften des anderen Ehegatten geirrt hat, die ihn bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von der Eingehung der Ehe abgehalten haben würden."

Die Darlegungen des Vorderrichters geben der Vermutung Raum, daß er den Rechtsbegriff der persönlichen Eigenschaft im Sinne der vorstehenden Norm durch eine zu enge Auffassung verkannt oder sein Urteil in dieser Richtung nicht ausreichend begründet hat. Seiner Ansicht zufolge soll es für einen Fall der vorliegenden Art einen durchgreifenden Unterschied machen, je nachdem das Laster der Päderastie in der Person des beklagten Ehegatten nur vor dessen Verheiratung mit der Klägerin bestanden oder bei Schließung der Ehe noch fortgedauert hat. Nur in dem letzteren, nicht aber auch in dem ersteren Falle nimmt anscheinend das Berufungsgericht das Vorliegen einer persönlichen Eigenschaft des Beklagten an, welche die Klägerin bei Kenntnis der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von deren Eingehung abgehalten haben würde.

Sofern diese Ausführung besagen soll, daß der einem Ehegatten schon aus früherer Zeit anhaftende sittliche Makel, die durch eine frühere Verfehlung bedingte Bescholtenheit, als persönliche Eigenschaft im Sinne des § 1333 B.G.B. überhaupt nur alsdann in Betracht kommen kann, wenn die zu grunde liegende Verfehlung, das anstößige Verhalten, das Laster selbst, zur Zeit der Eheschließung bei dem Ehegatten noch fortbesteht, so würde eine solche Meinung rechtsirrig sein.

Weder der Wortlaut noch die Entstehungsgeschichte des § 1333 gewährt hierfür einen Anhalt. Der § 1333 B.G.B. regelt den Einfluß, welchen ein Irrtum im Beweggrund auf die Gültigkeit der Ehe-

schließung äußert. Während der Entwurf I zum Bürgerlichen Gesetzbuch, unter Festhaltung des kanonischrechtlichen Standpunkts, einen solchen Irrtum als Anfechtungsgrund in § 1259 Nr. 2 nur zuließ, „wenn einer der Eheschließenden entweder den Willen, überhaupt eine Ehe zu schließen, oder den Willen, eine Ehe mit dem anderen Teile zu schließen, bei der Eheschließung nicht gehabt hat", wurde schon in dem Entwurfe II diese Auffassung verlassen und in Erweiterung des Anfechtungsgrundes des Irrtums zwischen den beiden Fällen unterschieden, daß infolge des Irrtums der Wille zur Eheschließung gänzlich fehlt (§ 1240), und daß dieser Wille nicht würde gefaßt worden sein, wenn der Erklärende sich nicht geirrt hätte (§ 1241). Im übrigen aber sollte einen Anfechtungsgrund nur der Irrtum über die Person (Identität) des anderen Eheschließenden oder über „solche persönliche Eigenschaften oder solche persönliche Verhältnisse" abgeben, die den Irrenden bei Kenntnis der Sachlage und bei Würdigung „des Zwecks der Ehe" von deren Eingehung abgehalten haben würden. Bei der Schlußlesung des Entwurfs II sind alsdann die Worte „des Zwecks" der Ehe in die Worte „des Wesens" der Ehe umgeändert und die Worte „oder solche persönliche Verhältnisse" von der Reichstagskommission gestrichen worden. Das letztere ist insbesondere deshalb geschehen, um zu verhüten, daß hierunter in der Folge von der Jurisprudenz auch die Vermögensverhältnisse verstanden werden möchten (vgl. den Reichstags-Kommissionsbericht).

Da von einem Irrtum über die Person vorliegendenfalls nicht die Rede ist, so handelt es sich für die obige Begründung des angefochtenen Urteils nur um die Frage, ob der von dem Vorderrichter für erwiesen erachtete Umstand, daß der Beklagte vor Eingehung seiner Ehe dem Laster der Päderastie gefrönt hat, denselben mit einer persönlichen Eigenschaft im Sinne des § 1333 B.G.B. behaftet erscheinen läßt, bezüglich deren zufolge dieser Vorschrift zu prüfen war, ob ihre Kenntnis bei der Sachlage und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe die Klägerin von der Eheschließung mit dem Beklagten abgehalten haben würde.

Schon die Motive (Bd. 4 S. 76) erwägen in dieser Beziehung: „die Zulassung der Anfechtung der Ehe wegen Irrtums des einen Teils über sog. wesentliche Eigenschaften oder Verhältnisse des anderen Teils, d. h. über solche in der Person des letzteren

begründete Umstände, welche objektiv von der Eheschließung mit demselben abzuhalten geeignet waren und im konkreten Falle auch den Irrenden abgehalten haben würden",

und es ist nicht abzusehen, warum nicht auch ein bloßer sittlicher Makel, der üble Ruf, den sich ein Ehegatte durch ein in die Zeit vor der Eheschließung fallendes Verhalten zugezogen hat, unter Umständen als Eigenschaft, über welche der andere Ehegatte bei Eingehung der Ehe geirrt hat, für die Anfechtungsklage in Betracht kommen kann. Wenn das Berufungsgericht dieses, wie es den Anschein hat, schlechthin und grundsätzlich verneinen will, so würde dies normwidrig sein. Eine Unterscheidung, wie sie das angefochtene Urteil aufstellt, hat der Gesetzgeber ausweislich der mitgeteilten Materialien in der gedachten Richtung nicht gemacht.

Auch der Wortlaut der Vorschrift steht einer solchen Annahme nicht zur Seite. Das Wort „Eigenschaft", das der § 1333 B.G.B. gebraucht, paßt auf jede Art der Beschaffenheit, welche einem Wesen (Person oder Ding) als Merkmal anhaftet. Als „persönliche" aber muß eine Eigenschaft gelten, wenn sie einer Person, und zwar nicht bloß als ein außer ihr Liegendes, mehr oder weniger Vorübergehendes und Zufälliges, sondern dergestalt wesentlich zukommt, daß sie als Ausfluß und Betätigung ihres eigentlichen Wesens, als ein integrierender Bestandteil ihrer Individualität erscheint. In einem solchen Sinne kann auch die sittliche Bescholtenheit, der schlimme Leumund, den eine Person sich erworben hat, eine persönliche Eigenschaft darstellen. Diese Bescholtenheit aber und dieser Leumund sind in ihrer Dauer unabhängig von der Dauer des Handelns, das sie veranlaßt hat, und es steht demnach nichts entgegen, daß der bei dem Beklagten entstandene sittliche Defekt, obwohl das päderastische Treiben, als seine Entstehungsursache, jahrelang zurücklag, bei der Eheschließung der Parteien weiter bestand. Es ist demnach unzutreffend, wenn ihm der Vorderrichter das Moment der Fortdauer als Eigenschaft ohne weiteres abspricht.

Aber auch wenn das Berufungsgericht durch seine obigen Erwägungen das Wesen der „persönlichen Eigenschaft" hierbei nicht verkannt und nur hätte darlegen wollen, daß der dem Beklagten infolge seines früheren päderastischen Treibens anhängende Makel nicht ein solcher sei, der die klagende Ehefrau bei Kenntnis der Sachlage

und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe von deren Eingehung würde abgehalten haben, müßte die Urteilsfeststellung dennoch mangels jeder zureichenden Begründung beanstandet werden. Anstatt eines Verstoßes gegen die materielle Rechtsnorm des § 1333 B.G.B. würde alsdann ein solcher gegen die formellen Vorschriften des § 286 in Verbindung mit § 551 Ziff. 7 C.P.O. vorliegen.

Das Berufungsgericht hat in diesem Fall unterlassen, seine Annahme, wie es hätte geschehen müssen, durch die Anführung der hierbei zu prüfenden konkreten Umstände zu rechtfertigen.

Für seine Beurteilung kam neben der individuellen Persönlichkeit der Klägerin (Stand, Bildungsstufe, Grad des sittlichen Empfindens 2c) insbesondere auch die Schwere der dem Beklagten zur Last fallenden Verfehlung in Betracht, weil hiernach auch die Stärke des sittlichen Makels sich richtet, der als Folge derselben seitdem auf dem Beklagten ruht. Hierbei war davon auszugehen, daß, wie der Inhalt des Kommissionsprotokolls bestätigt, für die Anwendung des § 1333 B.G.B. nicht nur solche Eigenschaften in Frage kommen, welche den Anfechtenden von der Eheschließung abhalten mußten, sondern daß auch schon solche genügen, welche den Umständen nach für eine Abstandnahme von dieser Schließung geeignet waren. In letzterer Beziehung mußte erwogen werden, daß die Päderastie ein Vergehen ist, welches nach § 175 St.G.B. mit Gefängnis bis zu 5 Jahren und Verlust der bürgerlichen Ehre bestraft werden kann. Auch wenn vorliegendenfalls die Strafverfolgung gegen den Beklagten im Hinblick auf § 67 Abs. 2 St.G.B. verjährt sein sollte, wird der durch die Begehung der Straftat erzeugte und als Wirkung zurückbleibende schwere sittliche Nachteil, den die Person des Täters dadurch erleidet, nicht geringer. Die Klägerin durfte hieran vielleicht umsomehr Anstoß nehmen, als diese sittliche Bescholtenheit ihres Mannes, wie insbesondere die Aussagen der Zeugen Johann B., Franz K. und Johannes L. ergeben, innerhalb eines größeren Kreises bekannt war und immer noch weiter bekannt werden konnte.

Von den früheren Partikularrechten hat namentlich das sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863 (§§ 1595. 1596) auch den hier in Rede stehenden Anfechtungsfall ausdrücklich berücksichtigt. Dasselbe bestimmt, daß der Irrtum die Einwilligung zur Ehe unter

anderem auch dann ausschließt, wenn der eine Ehegatte erst nach Eingehung der Ehe erfährt, daß der andere Ehegatte widernatürliche Unzucht mit einem Menschen oder einem Tiere getrieben, oder daß er sich eines Verbrechens schuldig gemacht hat, welches von der Beschaffenheit ist, daß anzunehmen steht, der Irrende würde den anderen nicht geheiratet haben, wenn er das Verbrechen gekannt hätte." ...

---

83. Welches Gericht ist unter dem nach § 879 C.P.O. für die Widerspruchsklage gegen einen Verteilungsplan zuständigen Verteilungsgerichte zu verstehen?

C.P.O. §§ 873. 879.

VII. Civilsenat. Urt. v. 7. Oktober 1902 i. S. V. (Kl.) w. Sch. u. Gen. (Bekl.). Rep. VII. 210/02.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

In einem bei dem Amtsgerichte Br. anhängigen Verteilungsverfahren erhob der Kläger Widerspruch gegen den Teilungsplan und stellte sodann die nach § 878 C.P.O. gebotene Klage gegen die beteiligten Gläubiger bei dem diesem Amtsgerichte übergeordneten Landgerichte Br. an. Die Beklagten bestritten die örtliche Zuständigkeit dieses Landgerichts, weil für das Verteilungsverfahren nicht das Amtsgericht Br., sondern das zu einem anderen Landgerichtsbezirke gehörige Amtsgericht H. zuständig sei. Beide Vorinstanzen erklärten das Landgericht Br. für unzuständig. Das Reichsgericht hat diese Entscheidungen aufgehoben und die Sache in die erste Instanz zurückverwiesen.

Gründe:

„Den Vorinstanzen ist darin beizutreten, daß das Amtsgericht H., dessen Beschluß dem Drittschuldner zuerst zugestellt ist, das nach §§ 853. 873 C.P.O. für das Verteilungsverfahren zuständige Amtsgericht ist. Andererseits steht fest, daß bei dieſem Gerichte ein Verteilungsverfahren in vorliegender Sache niemals anhängig geworden ist, denn der Drittschuldner hat die ihm obliegende Anzeige der Sachlage an

das Amtsgericht in Br. erstattet und diesem die ihm zugestellten Beschlüsse ausgehändigt. Das Amtsgericht in Br. hat sich auch der Durchführung des Verfahrens unterzogen, den Teilungsplan angefertigt und den Termin zur Erklärung über denselben und zur Ausführung der Verteilung abgehalten, ohne daß vor oder in dem Termine seine Zuständigkeit von irgend einer Seite beanstandet worden wäre; vermutlich wird es auch den durch den Widerspruch des Klägers nicht betroffenen Teil des Planes ausgeführt haben (vgl. § 876, letzter Satz, C.P.O.). Es fragt sich nun, welches Gericht bei dieser Sachlage als das Verteilungsgericht im Sinne des § 879 C.P.O. anzusehen ist, bei dem der Kläger seinen Widerspruch mittels Klage weiter zu verfolgen hat, bezw. nach dem sich das hierfür zuständige Landgericht bestimmt. Beide Vorinstanzen nehmen an, Verteilungsgericht sei das nach § 873 C.P.O. zuständige Amtsgericht in H. Dem kann nicht beigetreten werden; Verteilungsgericht ist vielmehr dasjenige Gericht, bei dem das Verteilungsverfahren tatsächlich anhängig ist. Die gegenteilige Ansicht der Vorinstanzen verkennt den sachlichen und prozessualen Zusammenhang, in dem die Widerspruchsklage nach § 878 C.P.O. mit dem anhängigen Verteilungsverfahren steht. Die Widerspruchsklage bildet in gewissem Sinne eine Fortsetzung des Verteilungsverfahrens, einen Zwischenstreit, man könnte auch sagen, — wenn auch nicht nach der prozessualen Gestaltung, so doch der Sache nach — ein Rechtsmittel gegen die in der Anfertigung des Verteilungsplans enthaltene richterliche Entscheidung. Es soll auf Grund kontradiktorischer mündlicher Verhandlung über den Streitpunkt nochmals durch ein, im Instanzenzuge anfechtbares, Endurteil entschieden werden. Das Verhältnis ist also ein ähnliches, wie bei Erhebung des Widerspruchs gegen einen Arrestbefehl (§§ 824. 825 C.P.O.), oder bei der Anfechtung eines Entmündigungsbeschlusses (§§ 664 flg. C.P.O.). Betrachtet man die Frage unter diesem Gesichtspunkte, so ist die Entscheidung ohne weiteres klar. So gewiß der Widerspruch gegen den Arrestbefehl bei dem Gerichte zu verfolgen ist, das den Arrest — wenn auch unzuständigerweise — erlassen hat, so gewiß gilt das Gleiche für den Widerspruch gegen den Verteilungsplan. Die gegenteilige Annahme wäre auch unvereinbar mit den Grundlagen der Gerichtsverfassung. Wie sollte das Amtsgericht H. in der Lage sein, eine Entscheidung in einem Verfahren zu treffen, das bei ihm nicht an-

hängig ist? Man braucht nur den Fall zu unterstellen, daß der Kläger nur gegen die Befriedigung des Beklagten zu 2 Widerspruch erhoben hätte. In diesem Falle hätte er nach Ansicht der Vorinstanz an das Amtsgericht H. mit dem Klagantrage herantreten müssen, den Verteilungsplan des Amtsgerichts Br. in einem bei diesem anhängigen Verfahren abzuändern. Daß der Gesetzgeber die Zuständigkeit für die Widerspruchsklage in dieser Weise geregelt haben sollte, ist nicht anzunehmen. Die Beklagten leugnen demnach zu Unrecht die Zuständigkeit des Landgerichts Br. für die Widerspruchsklage. Die Begründung der Einrede durch den Hinweis auf die Unzuständigkeit des Amtsgerichts Br. zur Durchführung des Verteilungsverfahrens ist ebenso verfehlt, als es verfehlt wäre, wenn etwa auf die Beschwerde gegen einen (von einem unzuständigen Gerichte erlassenen) Beschluß der Beschwerdegegner die Zuständigkeit des Beschwerdegerichts zur Entscheidung über die Beschwerde deshalb bestreiten wollte, weil der angefochtene Beschluß von einem unzuständigen Gerichte erlassen sei. Diese beispielsweise Bemerkung stellt zugleich die Bedeutung klar, die der Unzuständigkeit des Amtsgerichts Br. in dem jetzigen Prozesse zukommt. Wenn die Beklagten die Zuständigkeit des Amtsgerichts bestreiten wollen, so müssen sie auch die notwendigen Folgerungen daraus ziehen und ihrerseits die Aufhebung des ganzen Verfahrens verlangen; dadurch würde die Widerspruchsklage des Klägers zunächst gegenstandslos werden. Auf welchem prozessualen Wege dieses Ergebnis herbeizuführen, bedarf gegenwärtig keiner Erörterung. Verfehlt ist aber die Bemerkung des Berufungsgerichts, der Kläger hätte gegen das Verfahren des Amtsgerichts Br. gemäß § 766 C.P.O. Erinnerungen erheben sollen. Er hatte hierzu keinen Anlaß, da er ja die Zuständigkeit dieses Amtsgerichts nicht bestreitet, sie vielmehr anerkannt wissen will. Sein eventueller Klagantrag, — den Teilungsplan für ungültig zu erklären — zieht lediglich eine sachgemäße Folgerung aus der Unzuständigkeitseinrede der Gegenpartei."

---

84. Ist der Besteller eines nicht rechtzeitig gelieferten Werkes, der infolge eines besonderen Interesses an sofortiger Geltendmachung des Rechts zum Rücktritt von einer Fristsetzung absehen darf

(§§ 636. 634 Abſſ. 1 u. 2 B.G.B.), verpflichtet, den Rücktritt im Zeitpunkte des Ablaufs der Lieferungsfriſt oder doch der Entſtehung des beſonderen Intereſſes zu erklären?

II. Civilſenat. Urt. v. 10. Oktober 1902 i. S. H. u. W. Fabrik (Bekl.) w. H. Konk. (Kl.). Rep. II. 161/02.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Einen im März 1900 zur Lieferung in ungefähr acht Wochen von der Beklagten bei der Klägerin beſtellten, von dieſer aus von ihr zu beſchaffendem Material herzuſtellenden Benzinmotor überſandte die Klägerin der Beklagten erſt Ende Juni 1901. Letztere verweigerte die Annahme und erklärte gegenüber der auf Zahlung des Preiſes gerichteten Klage ihren Rücktritt vom Vertrage mit der Behauptung, daß die Verhältniſſe auf dem Gebiete des Automobilwagenbaues ſeit März 1900 weſentlich andere geworden ſeien und ſie deshalb ein beſonderes Intereſſe an ſofortiger Geltendmachung des Rücktritts habe. Die Beklagte wurde in den beiden vorderen Inſtanzen zur Zahlung verurteilt. Das Reichsgericht hat auf Reviſion der Beklagten das Berufungsurteil aufgehoben aus folgenden

Gründen:

... „Das Berufungsgericht ſieht die Vereinbarung der Parteien als einen Werklieferungsvertrag über eine nicht vertretbare Sache und die Lieferung des Motors als nicht rechtzeitig erfolgt an, bringt die Vorſchriften der §§ 651. 636. 634 B.G.B. zur Anwendung und hält den Rücktritt der Beklagten vom Vertrage deshalb für unzuläſſig, weil dieſe während der langen Verzögerung der Lieferung ſeitens der Klägerin vollauf Gelegenheit gehabt habe, der Klägerin mit der im § 634 Abſ. 1 a. a. O. vorgeſchriebenen Friſtbeſtimmung für die endgültige Lieferung den Rücktritt anzudrohen, und weil die Beklagte ihr angebliches beſonderes Intereſſe, welches nach § 634 Abſ. 2 den Rücktritt ohne Friſtſetzung hätte rechtfertigen können, in demjenigen Zeitpunkte durch Erklärung des Rücktritts habe geltend machen müſſen, in welchem die Konjunktur anders zu werden begonnen und die Änderung in der Konſtruktion ihrer Motorwagen den Anfang genommen habe. Durch dieſe Begründung der Unzuläſſigkeit

des Rücktritts der Beklagten vom Vertrage verstößt das Berufungsgericht, wie seitens der Revisionsklägerin mit Recht geltend gemacht worden ist, gegen die §§ 636. 634 B.G.B., und auf dieser Gesetzesverletzung beruht die angefochtene Entscheidung.

Nach § 651 Abs. 1 B.G.B. wird der Werklieferungsvertrag über nicht vertretbare wie der über vertretbare Sachen grundsätzlich als Kauf behandelt, es werden aber für den hier von dem Oberlandesgerichte als gegeben angesehenen Fall der Herstellung einer nicht vertretbaren Sache die im § 651 Abs. 1 aufgeführten Paragraphen über den Kauf durch die Vorschriften über den Werkvertrag ersetzt. Geht man mit dem Oberlandesgericht davon aus, daß demnach die letzteren Vorschriften im vorliegenden Falle maßgebend sind, so kommen zunächst die von dem Oberlandesgerichte angewendeten §§ 636 und 634 B.G.B. in Betracht. Nach § 636 Abs. 1 sollen auf den Fall der nicht rechtzeitigen Lieferung des Werkes die für die Wandelung geltenden Vorschriften des § 634 Abss. 1 bis 3 mit der Maßgabe entsprechende Anwendung finden, daß an die Stelle des Anspruchs auf Wandelung das Recht des Bestellers tritt, nach § 327 von dem Vertrage zurückzutreten. Unter der vorgeschriebenen entsprechenden Anwendung wird zu verstehen sein, daß der Fall der nicht rechtzeitigen Lieferung dem der Lieferung eines mit Mängeln behafteten Werkes gleich zu behandeln ist. Danach kann dem Unternehmer, wie im letzteren Falle zur Vornahme einer Ausbesserung der Mängel, so im ersteren Falle zur nachträglichen Lieferung des Werkes von dem Besteller eine angemessene Frist mit der Erklärung bestimmt werden, daß er die Beseitigung des Mangels bezw. die nachträgliche Lieferung nach dem Ablaufe der Frist ablehne (§ 634 Abs. 1), und nur ausnahmsweise, unter anderem dann, wenn die sofortige Geltendmachung des Rechts zum Rücktritt durch ein besonderes Interesse des Bestellers gerechtfertigt wird, kann von der Bestimmung einer Frist abgesehen werden (§ 634 Abs. 2). Diese Vorschrift läßt einem Zweifel in der Richtung Raum, ob sie nicht den Sinn hat, daß beim Vorliegen eines besonderen Interesses des Bestellers an sofortigem Rücktritt vom Vertrage der Rücktritt sofort im Zeitpunkte des Ablaufs der vertragsmäßigen Lieferungszeit oder wenigstens spätestens in dem des Entstehens des besonderen Interesses geltend gemacht werden müsse. Für diese Auffassung

spricht die von dem Berufungsgericht hervorgehobene Lage, in die anderenfalls der Unternehmer versetzt wird. Derselbe ist schon schlechter als der Verkäufer dadurch gestellt, daß er nicht, wie dieser, vor der Bestimmung einer Frist zur Erfüllung des Vertrags von dem Besteller in Verzug gesetzt werden muß. Entfällt auch die Notwendigkeit der Fristbestimmung im Falle des besonderen Interesses des Bestellers, so arbeitet der Unternehmer, der auch nach dem Ablaufe der Lieferungszeit zur Erfüllung des Vertrags verpflichtet bleibt und überdies nicht ohne weiteres Kenntnis davon hat, daß der Besteller ein besonderes Interesse an einem Rücktritt ohne Fristgewährung hat oder zu haben meint, an der Fertigstellung des Werkes auf die Gefahr hin weiter, daß er das vollendete, den Bedürfnissen des Bestellers angepaßte Werk infolge des Rücktritts desselben anderweit nur mit Verlust verwerten kann. Ferner ist anzuerkennen, daß der Zweck des dem Besteller eingeräumten Rücktrittsrechts, ihm bei einer Änderung der Umstände gegen nachteilige Folgen des Vertragsschlusses Schutz zu gewähren, auch dann erreicht würde, wenn der Besteller sofort bei dem Eintritte der Änderung sein dadurch begründetes Rücktrittsrecht ausüben müßte. Die Erwägung, daß durch eine derartige Regelung den Interessen der am Vertrage Beteiligten Rechnung getragen würde, nötigt aber nicht zur Auslegung der im § 634 Abss. 1 und 2 getroffenen Bestimmung in dem gleichen Sinne. Vielmehr deuten Fassung und Wortlaut des § 634 Abss. 1 und 2 darauf hin, daß in dieser Gesetzesstelle nur das Recht des Bestellers, im Falle des Vorhandenseins eines besonderen Interesses ohne vorherige Fristbestimmung vom Vertrage zurückzutreten, nicht auch die Verpflichtung desselben, das Rücktrittsrecht sofort geltend zu machen, festgestellt werden sollte und festgestellt worden ist. Dies wird zur Gewißheit dadurch, daß im § 636 Abs. 1 hinsichtlich des dem Besteller eingeräumten Rücktrittsrechts auf § 327 verwiesen und in diesem die entsprechende Anwendung der §§ 346 bis 356 vorgeschrieben wird. Daraus erhellt, daß die Fragen, wie und wann das gesetzliche Rücktrittsrecht des Werkbestellers auszuüben ist, nach den für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Bestimmungen beantwortet werden muß. Nach denselben ist die Geltendmachung des Rücktrittsrechts in der Regel zeitlich nicht begrenzt und nur dadurch auf eine bestimmte Zeitdauer beschränkbar, daß der andere Teil dem Berechtigten eine angemessene Frist für die

Ausübung desselben setzt (§ 355). Der auch in dem § 327 gewählte Ausdruck, daß eine entsprechende Anwendung der §§ 346 bis 356 stattfinden solle, ermächtigt den Richter nicht, von den in diesen Paragraphen aufgestellten Grundsätzen aus Rücksichten, die sich aus dem Wesen des Werkvertrags ergeben könnten, abzuweichen, da in diesem Falle die im § 636 Abs. 1 enthaltene Verweisung auf § 327 wirkungslos sein würde. Hiernach hat der Werkunternehmer nur das im § 355 zugelassene Recht der Fristbestimmung als Mittel, sich gegen die Möglichkeit zu sichern, daß der Besteller, wenn einmal das Recht zum Rücktritte für ihn durch ein besonderes Interesse gerechtfertigt ist, zu einer beliebigen Zeit und sogar noch bei der Ablieferung des fertiggestellten Werkes den Rücktritt vom Vertrage erklärt. Dieses Mittel ist im gegenwärtigen Falle von der Klägerin nicht angewendet worden. Die Beklagte war daher befugt, den Rücktritt ohne Fristgewährung zu erklären, falls ihre Behauptung, daß ihr hieran wegen der angeblichen Änderung der auf Motorwagen bezüglichen Konjunktur ein besonderes Interesse zur Seite stehe, richtig ist. Die Erörterung dieser Frage hat das Berufungsgericht unterlassen, weil es mit Unrecht die Behauptung der Beklagten für unerheblich hielt." ...

---

85. Stehen die Bestimmungen der §§ 4 und 18 des Reichsstempelgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 14. Juni 1900 der Versteuerung eines Aktienindossaments mit dem Abtretungsstempel der Tarifnummer 2 des preußischen Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 entgegen, wenn die Aktie bereits vor dem 1. Oktober 1881, dem Zeitpunkte des Inkrafttretens des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881, ausgegeben worden war?

VII. Civilsenat. Urt. v. 14. Oktober 1902 i. S. G. o. P. E. und L. L.-L. (Kl.) w. preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. VII. 228/02.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Die Klägerinnen nahmen ihrer Angabe nach im April 1901 die Weiterbegebung einer Anzahl ihnen gehöriger Namensaktien

der Aktiengesellschaft Breslauer Diskontobank an Dritte vor und versahen sie zu diesem Zwecke mit ihrem Blankoindossament. Die Aktien waren vor dem 1. Oktober 1881, dem Zeitpunkte des Inkrafttretens des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881, ausgegeben worden. Die Klägerinnen behaupteten, auf Erfordern der Steuerverwaltung für jedes Indossament den landesgesetzlichen Cessionsstempel gemäß Tarifnummer 2 des preußischen Stempelgesetzes vom 31. Juli 1895 verwendet zu haben. Sie erachteten die Erhebung dieses Stempels mit Rücksicht auf die Bestimmungen der §§ 4 und 18 des Reichsstempelgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 14. Juni 1900 für ungerechtfertigt und forderten mit der Klage die Rückerstattung der entrichteten Stempelbeträge. Sie machten insbesondere geltend, daß bei sämtlichen Indossamenten Anschaffungsgeschäfte im Sinne des Reichsstempelgesetzes vorgelegen hätten, und daß bezüglich der letzteren der reichsgesetzliche Anschaffungsstempel gemäß § 9 und Tarifnummer 4 des Reichsstempelgesetzes verwendet worden sei, daß daher die Erhebung des Landesstempels eine unzulässige Doppelbesteuerung desselben Geschäfts enthalte.

Der erste Richter wies die Klage ab; die von den Klägerinnen eingelegte Berufung blieb ohne Erfolg.

Die Revision der Klägerinnen ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Revision konnte nicht für begründet erachtet werden.

1. Der § 4 des Reichsstempelgesetzes in der Fassung des Gesetzes vom 14. Juni 1900, welcher mit dem § 5 in der Fassung der Gesetze vom 1. Juli 1881, 29. Mai 1885 und 27. April 1894 wörtlich übereinstimmt, verordnet im Abs. 1:

„Die der Reichsstempelsteuer unterworfenen Wertpapiere unterliegen in den einzelnen Bundesstaaten keiner weiteren Stempelabgabe (Taxe, Sportel ꝛc)“

und im Abs. 2:

„Auch ist von der Umschreibung solcher Wertpapiere in den Büchern und Registern der Gesellschaft, sowie von den auf die Wertpapiere selbst gesetzten Übertragungsvermerken (Indossamenten, Cessionen ꝛc) eine Abgabe nicht zu entrichten.“

Der Berufungsrichter hat ausgeführt, die Bestimmung des Abs. 2 beziehe sich nach dem klaren Wortlaut auf die im vorhergehenden

Absatz bezeichneten, also auf die der Reichsstempelsteuer unterworfenen Wertpapiere. Mit dieser Reichsstempelsteuer sei, wie sich aus der Unterstellung des § 4 unter den vom Emissionsstempel handelnden Abschn. I des Gesetzes und aus seiner Funktion (als § 5) in dem ersten Reichsstempelgesetze vom 1. Juli 1881 (welches den sog. Anschaffungsstempel noch gar nicht gekannt habe) ergebe, lediglich der auf die Urkunden gelegte Emissionsstempel gemeint. Da nun die in Rede stehenden Aktien unstreitig vor dem 1. Oktober 1881 ausgegeben und deshalb dem erst durch das Reichsgesetz vom 1. Juli 1881 eingeführten Reichsstempel nicht unterworfen gewesen seien, so sei die im zweiten Absatz des § 4 a. a. O. angeordnete Befreiung von dem Landesstempel auf sie nicht anwendbar. Dies erkläre sich auch aus dem Zwecke der Befreiungsvorschrift, die dem verhältnismäßig hohen reichsgesetzlichen Stempel unterworfenen Wertpapiere vor weiterer Besteuerung zu sichern, während bezüglich der älteren, von dem neuen Reichsstempel nicht betroffenen Wertpapiere die Ausgleichung den Einzelstaaten habe überlassen bleiben können. Demgegenüber lasse sich zu gunsten der Klägerinnen aus dem von ihnen hervorgehobenen Umstande, daß vor dem Reichsstempelgesetze vom 27. April 1894 die Freilassung der vor dem 1. Oktober 1881 ausgegebenen Aktien vom Emissionsstempel in einer Befreiungsvorschrift zur Tarifnummer 1 angeordnet und diese Vorschrift erst durch das Reichsgesetz vom 27. April 1894 als § 6 in den Gesetzestext hineingezogen worden sei, nichts entnehmen. Die von den Klägerinnen daraus gefolgerte prinzipielle Unterwerfung auch der älteren Aktien unter den Reichsstempel werde ebenso durch den älteren wie durch den jüngeren Gesetzeswortlaut und Zusammenhang widerlegt.

Diese Ausführungen — zu deren Widerlegung von den Klägerinnen neue Gründe in der Revisionsinstanz nicht vorgebracht sind — erscheinen völlig zutreffend. Sie stehen auch im Einklang mit der bisherigen Judikatur des Reichsgerichts, an welcher festzuhalten ist.

Vgl. insbesondere die Urteile des Reichsgerichts vom 17. September 1885, Jurist. Wochenschr. 1885 S. 328, und vom 2. November 1885, Preuß. Just.-Min.-Bl. 1886 S. 106.

2. Nach § 18 des Reichsstempelgesetzes in der Fassung der Gesetze vom 27. April 1894 und 14. Juni 1900 (§ 17 des Reichsgesetzes vom $\frac{29. \text{ Mai}}{3. \text{ Juni}}$ 1885) sind „Geschäfte, welche nach Tarifnummer 4

abgabepflichtig sind, oder auf welche die Vorschrift unter „Befreiungen" zu dieser Tarifnummer Anwendung findet, sowie Schriftstücke über solche Geschäfte" in den einzelnen Bundesstaaten keinen Stempelabgaben unterworfen.

Der Berufungsrichter ist der Ansicht, daß auch diese Vorschrift der Erhebung des landesgesetzlichen Cessionsstempels im vorliegenden Falle nicht entgegengestanden habe. Er verweist auf den Erlaß des preußischen Finanzministers vom 23. März 1893,

vgl. Gaupp-Loeck, Reichsstempelgesetz 7. Aufl. Anm. 67 zu § 18 des Gesetzes,

in welchem ausgeführt ist, daß die Übertragung der Aktien auf Grund eines Anschaffungsgeschäfts ein von letzterem selbst verschiedenes Geschäft sei und der auf die Urkunde gesetzte Übertragungsvermerk daher nicht als ein Schriftstück über das Anschaffungsgeschäft betrachtet werden könne, und führt unter Bezugnahme auf das in den Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 34 S. 137 abgedruckte Urteil des Reichsgerichts vom 17. Januar 1895 aus, daß § 18 (früher § 17) des Reichsstempelgesetzes nicht eine Befreiung in dem Sinne enthalte, daß dasselbe wirtschaftliche Geschäft nur einmal besteuert werden und jedes durch das besteuerte Geschäft veranlaßte Rechtsgeschäft steuerfrei bleiben solle, daß es vielmehr darauf ankomme, ob in einem Falle, wo ein Urkundenstempel neben dem Anschaffungsstempel in Frage stehe, das betreffende Schriftstück ein Anschaffungsgeschäft oder ein anderes Rechtsgeschäft beurkunde. Nun sei, so führt er weiter aus, unter einem Anschaffungsgeschäfte gemäß dem Beschlusse der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts vom 30. Juni 1892 (Entsch. Bd. 31 S. 17) „ein Rechtsgeschäft zu verstehen, welches dem Anschaffenden das Eigentum an fremden beweglichen Sachen gegen Entgelt verschaffen soll, ein synallagmatischer Vertrag, bei dem die versprochene Leistung des einen Teils in der anzuschaffenden Sache, die des anderen in dem dafür zu gewährenden Entgelt besteht". Zur Abtretungserklärung bei Forderungen, zum Indossamente bei Aktien verhalte sich danach das etwa zu grunde liegende Anschaffungsgeschäft, wie das kausale Rechtsgeschäft zum Erfüllungsgeschäft. Das letztere stehe zwar im wirtschaftlichen Zusammenhange mit dem kausalen Geschäfte, sei aber rechtlich ein besonderes Geschäft. Die Cession und das Indossament stellten einen abstrakten Vertrag dar, welcher von dem kausalen

Geschäfte rechtlich ganz unabhängig sei. Das Erfordernis der Entgeltlichkeit, welches für das Anschaffungsgeschäft wesentlich sei, komme bei ihnen nicht in Frage. Sie könnten ebensowohl auf Grund eines unentgeltlichen, wie eines entgeltlichen, und auf Grund letztwilliger Verfügung, wie auf Grund eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden ausgestellt sein, sie seien davon unabhängig und folgeweise ein selbständiges Rechtsgeschäft. Demzufolge liege hier in der Besteuerung der Indossamente nicht eine nochmalige Besteuerung der zu grunde liegenden Anschaffungsgeschäfte.

Auch diesen Ausführungen war zuzustimmen. Die Klägerinnen haben sich zwar zur Unterstützung ihrer Ansicht, daß bei einem Anschaffungsgeschäft der in Rede stehenden Art die Ausstellung des Indossaments als ein zur Anschaffung gehöriger Akt anzusehen sei, und daß hier eine unzulässige Doppelbesteuerung vorliege, auf ein Urteil des VI. Civilsenats des Reichsgerichts vom 12. November 1896 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 38 S. 29) berufen, in welchem ausgeführt ist, das Reichsstempelgesetz fasse den Vertrag mit dem sich anschließenden Erwerbe der Wertpapiere als ein Anschaffungsgeschäft über diese auf und habe demgemäß in der, der Nummer 2 der Tarifnummer 4 neu hinzugefügten Bestimmung den Kauf- und sonstigen Anschaffungsgeschäften die bei Errichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien erfolgende Zuteilnng der Aktien auf Grund vorhergehender Zeichnung, die bei Errichtung einer Aktiengesellschaft stattfindende Übernahme der Aktien durch die Gründer und die Ausreichung von Wertpapieren an den ersten Erwerber gleichgestellt, es sei ersichtlich, daß hier die „Zuteilung", „Übernahme", „Ausreichung" der Aktien das ganze zum Erwerbe der Aktien führende Geschäft, einschließlich des dem Erwerbe zu grunde liegenden Vertrags, umfasse. Diesen Ausführungen, auf denen die erwähnte Entscheidung übrigens nicht beruht, hat sich der hier erkennende Senat nicht anschließen können. In der Begründung des Entwurfs der Gesetzesvorlage, welche zu dem Gesetze vom 27. April 1894 geführt hat, ist bezüglich der Veranlassung zur Ausstellung der neuen, der Nummer 2 der Tarifnummer 4 hinzugefügten Bestimmung dargelegt, daß, soweit bisher bei Errichtung einer Aktiengesellschaft die Aktien auf Grund vorheriger Zeichnung zugeteilt oder von den Gründern übernommen, oder in anderen Fällen Wertpapiere dem ersten Erwerber ausgeliefert

worden, in der Praxis der Gerichte und Verwaltungsbehörden das Vorliegen eines stempelpflichtigen Anschaffungsgeschäfts angenommen worden sei, daß jedoch nach neuerer Entscheidung der vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts die bei der Simultangründung erfolgende Übernahme der Aktien durch die Gründer ein Anschaffungsgeschäft gemäß Position 4a 2 des Tarifs nicht darstelle, indem die Entscheidung, die von dem handelsrechtlichen Begriff der Anschaffung als des abgeleiteten entgeltlichen Erwerbs beweglicher Sachen zu Eigentum mittels Rechtsgeschäfts unter Lebenden ausgehe, bei der Simultangründung in Ansehung der Aktien das Vorliegen einer Veräußerung auf der einen Seite, ohne welche eine solche Anschaffung auf der anderen Seite nicht denkbar sei, vermisse, daß hierdurch das Fortbestehen der bisherigen steuerpflichtigen Praxis in dem in Rede stehenden, wie in rechtlich ähnlich liegenden Fällen in Frage gestellt sei, daß es sich indessen um wirtschaftliche Vorgänge handele, die ihrem Wesen nach, da sie börsenmäßige Werte dem Verkehre zuführten, unter das Gesetz gezogen werden müßten. Dabei ist ausdrücklich betont, daß die neue Vorschrift auf die Begriffsbestimmung des Anschaffungsgeschäfts, wie sie sich in der Rechtsprechung allmählich herausgebildet habe, ohne Einfluß bleibe. Nach feststehender bisheriger Rechtsprechung ist nun unter dem Anschaffungsgeschäft der auf den Erwerb von Eigentum an beweglichen Sachen gerichtete entgeltliche Vertrag selbst zu verstehen, während es auf die Erfüllung desselben nicht ankommt. Vgl. außer dem erwähnten Beschlusse der vereinigten Civilsenate insbesondere die Urteile des Reichsgerichts vom 19. April und 13. Dezember 1888 (Entsch. desselben in Civils. Bd. 21 S. 33, Bd. 22 S. 127), in denen ausdrücklich hervorgehoben ist, daß die Verwirklichung des auf Verschaffen und Anschaffen gerichteten Willens der Vertragschließenden nicht zum Wesen des Geschäfts gehöre. Die gleiche Bedeutung hat der Ausdruck Anschaffungsgeschäft in dem Reichsstempelgesetz. Daß insbesondere davon ausgegangen wurde, daß die Stempelpflicht lediglich an den Abschluß des auf die Anschaffung gerichteten Vertrags geknüpft sein solle, hat in dem Kommissionsbericht zu der Gesetzesvorlage, welche dem den Anschaffungsstempel einführenden Gesetze vom 29. Mai 1885 zu grunde gelegen hat, deutlichen Ausdruck gefunden. Wie in demselben — unter III. 1 — mitgeteilt ist, war die Kommission darin einverstanden, daß das Ge-

schäft durch seinen Abschluß steuerpflichtig werde, nicht etwa noch der Realisierung oder Erfüllung in irgend einer Art bedürfe. Hiernach können die in der erwähnten, durch das Gesetz vom 27. April 1894 eingeführten neuen Bestimmung des Tarifs enthaltenen Ausdrücke „Zuteilung", „Übernahme", „Ausreichung" nicht in dem Sinne von Erfüllungshandlungen verstanden werden. Zu einer solchen Auslegung bietet die Begründung des bezüglichen Gesetzentwurfs, insoweit sie die Veranlassung zu der Aufstellung der neuen Bestimmung darlegt, keinen Anhalt, während die ausdrückliche Erklärung, daß die Begriffsbestimmung des Anschaffungsgeschäfts nicht beeinflußt werden solle, ihr deutlich entgegentritt. Auf dem hier vertretenen Standpunkt steht auch das Urteil des II. Civilsenats des Reichsgerichts vom 25. Juni 1897 (Entsch. desselben in Civils. Bd. 39 S. 126), in welchem anlangend die neue Bestimmung des Tarifs, insoweit sie die „Ausreichung von Wertpapieren an den ersten Erwerber" betrifft, ausgeführt ist, daß mit derselben nicht etwa der physische Akt der Aushändigung der Wertpapiere, sondern das Geschäft, durch welches für den ersten Erwerber der Anspruch auf Auslieferung der Wertpapiere an ihn begründet werde, der Besteuerung nach Tarifnummer 4a 2 des Reichsstempelgesetzes habe unterworfen werden sollen. In gleicher Weise ist unter der Zuteilung die Erklärung der Gründer der Aktiengesellschaft zu verstehen, durch welche dieselben — bei Successivgründungen — die Zeichnungen annehmen und dem Erwerber den Anspruch auf Übertragung der Wertpapiere einräumen, unter Übernahme — bei Simultangründungen — der in dem Gründungsvertrage enthaltenen Erklärung der Gründer, durch welche diese sich gegenseitig zur Übernahme berechtigen und verpflichten.

Wie der Berufungsrichter zutreffend ausgeführt hat, ist das Erfüllungsgeschäft, die Übertragung der Aktien durch Indossament, als ein von dem kausalen Anschaffungsgeschäft verschiedenes selbständiges Geschäft aufzufassen, welches deshalb von dem Reichsstempel nicht mitgedeckt wird.

Es ist anzunehmen, daß auch der preußische Gesetzgeber von derselben Auffassung ausgegangen ist, da derselbe in der Tarifstelle 2 des Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895 eine Befreiung vom Abtretungs- bezw. Indossamentsstempel zwar auf Grund des § 17, jetzt 18 des Reichsstempelgesetzes vorgesehen hat, bei anderer Auf-

fassung aber, zumal mit Rücksicht auf den oben erwähnten Finanzministerialerlaß vom 23. März 1893, dringende Veranlassung gehabt hätte, auch insoweit eine Ausnahmebestimmung zu treffen." ...

---

86. 1. Begründet die Abweisung der Klage in der angebrachten Art die Einrede der Rechtskraft?
2. Wird die Unterbrechung der Verjährung durch die Abweisung der Klage in der angebrachten Art beseitigt?

VI. Civilsenat. Urt. v. 16. Oktober 1902 i. S. Gr. Berl. Straßenbahn (Bekl.) w. L. (Kl.). Rep. VI. 188/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Kläger wurde am 10. November 1898 infolge des Zusammenstoßes von zwei Straßenbahnwagen der Beklagten von dem Vorderperron eines dieser Wagen auf das Straßenpflaster herabgeschleudert und erheblich verletzt. Er erhob im Jahre 1899 Klage gegen die Beklagte auf die Bezahlung einer jährlichen Rente unter der Begründung, seine Erwerbsfähigkeit sei um 50 Prozent herabgesetzt, sein Verdienst aus seinem Geschäfte habe jährlich 4628,17 ℳ betragen, sein Vermögensschaden betrage somit mindestens 2000 ℳ jährlich, die als Rente oder in einer Kapitalsabfindung von 25000 ℳ verlangt würden. Diese Klage wurde wegen mangelhafter und unschlüssiger Begründung durch Urteil des Landgerichts vom 24. Januar 1900 abgewiesen.

Der Kläger erhob nun neuerliche Klage auf Bezahlung einer lebenslänglichen Rente von 1200 ℳ unter der Begründung, er sei in seiner Erwerbsfähigkeit um 75 Prozent beschränkt, hierdurch sei Umsatz und Gewinn in seinem Bierverlagsgeschäfte um jährlich 1200 ℳ zurückgegangen, die Geschäftsunkosten seien dagegen um 1319 ℳ jährlich gestiegen. Darauf verurteilte das Landgericht die Beklagte, dem Kläger den ihm aus dem Unfalle vom 10. November 1898 erwachsenen Schaden zu erstatten. Die Berufung der Beklagten wurde mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Tenor des an-

gefochtenen Urteils dahin gefaßt werde, der Klaganspruch werde dem Grunde nach für gerechtfertigt erklärt.

Die Revision der Beklagten wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Die Beklagte hatte der Klage zunächst die Einreden der rechtskräftigen Entscheidung und der Verjährung entgegengestellt.

Das Berufungsgericht hält beide nicht für begründet. Es erkennt zwar die Identität des im Vorprozesse geltend gemachten Anspruchs mit dem in der neuerlichen Klage erhobenen an; wie aber aus den Urteilsgründen hervorgehe, sei die Klage nur als in der angebrachten Art verfehlt zurückgewiesen. Der Richter habe somit nicht den geltend gemachten Anspruch überhaupt, sondern nur in seiner mangelhaft geltend gemachten Art zurückgewiesen und dem Kläger damit die Geltendmachung einer besser begründeten Klage vorbehalten. Nach dem gemäß Art. 169 Einf.-Ges. zum B.G.B. zur Anwendung kommenden preußischen Rechte unterbreche auch eine wegen mangelhafter Begründung abgewiesene Klage den Lauf der Verjährung. Die Zustellung der Klage des Vorprozesses sei im Jahre 1899 erfolgt, hiermit also die Verjährung unterbrochen gewesen. Vom Tage der Rechtskraft des Urteils an habe die zweijährige Verjährungsfrist von neuem zu laufen begonnen. Da das Urteil des Vorprozesses am 24. Januar 1900 verkündet worden, so sei bei Zustellung der gegenwärtigen Klage im Januar 1901 die neue Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen gewesen. . . .

Die Revision macht geltend, der Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache, sowie der der Verjährung seien mit Unrecht verworfen. Nach § 287 C.P.O. habe die Klage des Vorprozesses nicht unter Vorbehalt einer neuen Klage angebrachtermaßen abgewiesen werden dürfen. Die in der Begründung zum Ausdruck gelangte Ansicht des Richters, daß der Kläger trotz der Abweisung der Klage berechtigt sei, eine neue in betreff des Schadensnachweises besser substanziierte Klage zu erheben, sei rechtsirrtümlich und der Rechtskraft nicht fähig gewesen. Dies ergebe sich schon daraus, daß der Beklagten keine Möglichkeit gegeben gewesen sei, das einfach auf Abweisung der Klage lautende Urteil durch die Berufung anzugreifen. Die Klage sei formell abgewiesen; der Kläger habe das Urteil rechtskräftig werden lassen. Die Verjährung sei gemäß § 239 C.P.O.

durch die Klagerhebung unterbrochen. Diese Unterbrechung habe nicht, wie nach § 554 A.L.R. I. 9 die Unterbrechung durch Klaganmeldung, eine definitive Wirkung gehabt; vielmehr sei sie so, als ob sie gar nicht stattgefunden hätte, im Falle der Zurücknahme der Klage verloren gegangen. Hätte also der Kläger die Klage des Vorprozesses zurückgenommen, um seinen Anspruch in einer besser substanziierten Klage geltend zu machen, so wäre die Verjährung durch die frühere Klage überhaupt nicht unterbrochen. Umsomehr müsse dies gelten, nachdem die frühere Klage, ohne daß über den Klagegrund selbst entschieden worden sei, lediglich wegen ungenügender Substanziierung in Ansehung der Höhe des Schadensbetrags abgewiesen worden.

Die Revision konnte nicht als begründet erachtet werden.

Daß gemäß § 322 C.P.O. die Entscheidungsgründe des Urteils der Rechtskraft nicht fähig sind, ist zweifellos; nicht minder, daß die Gründe zur Erläuterung und zum Verständnisse des Urteils verwertet werden dürfen und müssen. Da die alten Formeln der Prozeßpraxis: „Abweisung von hier", „zur Zeit", „angebrachtermaßen" ꝛc, außer Gebrauch sind, und alle Arten der Klagabweisung unter der einen Formel: „die Klage" oder „der Kläger wird abgewiesen", erscheinen, so kann die Bedeutung und die Tragweite eines die Klage abweisenden Urteils aus der Formel überhaupt nicht, sondern nur aus den Gründen erkannt werden.

Wie aus den Gründen des Urteils im Vorprozesse zu entnehmen ist, erachtete das Prozeßgericht die bloße Behauptung des Eintritts einer 50prozentigen Minderung der Erwerbsfähigkeit für die Begründung eines Vermögensschadens nicht für ausreichend, sondern forderte vielmehr einen zahlenmäßigen Nachweis des Rückgangs des Verdienstes des Klägers und wies dessen Gesuch um Vertagung zum Behufe der Beibringung solcher Nachweise ab, „da die Aufmachung der gedachten Berechnung ein unentbehrlicher Bestandteil der Klagebegründung von vornherein gewesen, und die Beklagte mit Recht die Abweisung einer nach dem Gesagten ganz unsubstanziierten und deshalb in der angebrachten Art verfehlten Klage fordere". Es ist also eine Abweisung in der angebrachten Art, in dem Sinne, daß die Klagebegründung, so wie sie vorgetragen, nicht ausreiche, aber einer Verbesserung fähig sei.

Es unterliegt nun keinem Zweifel, daß Abweisungen in der angebrachten Art durch die dem Richter in § 139 C.P.O. übertragenen Rechte und Pflichten ausgemerzt werden sollten, und daß insbesondere bei Schadensersatzklagen die weitgehenden Befugnisse des § 287 C.P.O. eine kräftige Handhabe hierzu bieten.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 6 S. 358.

Werden die erforderlichen Aufschlüsse und Ergänzungen nicht erteilt, so steht der Richter doch vor der Frage der Abweisung in der angebrachten Art. Ob, wenn nach Ausübung des Fragerechts die gegebene Ergänzung nicht gegeben werden kann oder will, die Klage im Sinne einer endgültigen Erledigung abzuweisen ist, mag dahingestellt bleiben.

Vgl. Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung 4. Aufl. Bd. 1 S. 202; Struckmann u. Koch, Civilprozeßordnung 8. Aufl. Bd. 1 S. 176 Bem. 3; Seuffert, Civilprozeßordnung 8. Aufl. Bd. 1 S. 216; Petersen u. Anger, Civilprozeßordnung 4. Aufl. Bd. 1 S. 330; dagegen Planck, Lehrbuch des Deutschen Civilprozeßrechts Bd. 1 S. 266.

Wäre aber auch aus der Bestimmung des § 139 C.P.O. zu folgern, daß eine nach Ausübung des Fragerechts ungenügend substanziiert gebliebene Klage definitiv abzuweisen sei, so kann daraus doch nicht gefolgert werden, daß eine nur angebrachtermaßen, in vom Richter gewollter Beschränkung auf das „angebrachtermaßen" abgewiesene Klage definitiv abgewiesen oder als eine definitiv abgewiesene zu erachten sei. Dies wäre die Fiktion eines Willens des Richters, den er nicht gehabt, und die Fiktion eines Ausspruchs, den er nicht getan hat. Zu einer solchen Fiktion bietet die Civilprozeßordnung keine Handhabe, wenn auch der Richter nicht im Sinne der Prozeßordnung gehandelt hat.

Liegt keine Entscheidung in der Sache vor, so kann der erneuten Klage auch nicht die Einrede der Rechtskraft entgegenstehen. Der I. Civilsenat des Reichsgerichts läßt auch in einer neuerlichen Entscheidung vom 18. Januar 1902,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 50 S. 383,

dahingestellt, ob wirklich von der Civilprozeßordnung beabsichtigt sei und aus der Fragepflicht des Gerichts gefolgert werden müsse, daß jedes Urteil, das eine Klage wegen ungenügender Begründung ab-

weise, schlechthin in jedem Falle der Erhebung einer besser begründeten Klage, also auch dann im Wege stünde, wenn das Gericht seiner Fragepflicht nur ungenügend oder gar nicht entsprochen haben sollte, betont aber, auf alle Fälle könne von der rechtskräftigen Abweisung eines Anspruchs doch nur dann die Rede sein, wenn über denselben wirklich erkannt worden sei. Dies ist hier jedenfalls ausgeschlossen.

Gemäß Art. 169 Einf.-Ges. zum B.G.B. bestimmt sich die Unterbrechung der Verjährung für die Zeit vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs nach den bisherigen Gesetzen. Die Wirkung der Unterbrechung bestimmt sich somit nach dem bisherigen Rechte und kann auch nicht dadurch beseitigt werden, daß das neue Recht an den Eintritt gewisser Umstände, wie § 212 B.G.B., die Wiederaufhebung der Wirkung der Unterbrechung knüpft. Daraus, daß das neue Recht die Wirkung der Unterbrechung nur unter gewissen Einschränkungen gelten läßt, folgt nicht, daß nun auch das alte Recht, soweit es zur Anwendung kommt, Einschränkungen unterworfen werden soll, die es selbst nicht aufgestellt hat.

Vgl. Planck, Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 6 S. 272; Habicht, Die Einwirkung des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf zuvor entstandene Rechtsverhältnisse 3. Aufl. S. 148 flg.

Daß auch die Erhebung einer Klage, die angebrachtermaßen abgewiesen wird, die Verjährung unterbreche, ist auch für das preußische Recht anerkannt.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 5 S. 122, Bd. 24 S. 202, Bd. 39 S. 217.

Von der Rechtskraft des Urteils beginnt sodann eine neue Verjährung.

Vgl. Rehbein u. Reincke, Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten 5. Aufl. Bd. 1 S. 453 Anm. 164; Rehbein, Entscheidungen des Ober-Tribunals Bd. 1 2. Aufl. S. 1021; Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 5 S. 276.

Die auch vom Reichsgericht geteilte Ansicht, daß die durch Erhebung der Klage bewirkte Unterbrechung der Verjährung durch Zurücknahme der Klage wieder beseitigt werde,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 33 S. 394,

kann gegen die Fortwirkung der Unterbrechung der Verjährung durch eine angebrachtermaßen abgewiesene Klage nicht verwertet werden. Jene Annahme beruht auf der ausdrücklichen Vorschrift des § 243 a. F.

(271 n. F.) C.P.O., wonach die Zurücknahme der Klage zur Folge hat, daß der Rechtsstreit als nicht anhängig geworden anzusehen ist. Gemäß dieser Bestimmung soll also die Sache durch Zurücknahme der Klage in die Lage zurückversetzt werden, in der sie sich vor Erhebung der Klage befunden. Das preußische Allgemeine Landrecht kennt keine Bestimmung über Rückgängigmachung der einmal eingetretenen Unterbrechung der Verjährung.

Die Fälle der Zurücknahme der Klage und der Abweisung der Klage wegen ungenügender Substanziierung sind auch nicht innerlich so verwandt, daß die Anwendung eines für den ersten Fall ausgesprochenen Rechtssatzes auf den zweiten sich als eine notwendige Folge der Gleichheit des Grundes darstellen würde. Soll die Verjährung ihre Rechtfertigung in dem beharrlichen Stillschweigen des Klägers und seiner Saumseligkeit finden, so soll demgemäß jeder prozessuale Schritt, der nach der subjektiven Absicht des Klägers ihm Befriedigung seines Anspruchs gewähren kann, die Verjährung unterbrechen, weil der Kläger durch die Klagerhebung von dem Vorwurfe der Saumseligkeit befreit wird.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 24 S. 202.

Wer nun seine Klage zurücknimmt, gibt wenigstens vorerst die Verfolgung seines Rechts auf. Wer dagegen mit seiner Klage nicht durchdringt, ist, wenn er es bis zum Urteil kommen läßt, nicht säumig gewesen; noch weniger hat er bis dahin die Verfolgung seines Rechts auch nur vorübergehend aufgegeben. Trotz dieser inneren Verschiedenheit kann es vom gesetzgeberischen Standpunkte aus angezeigt sein, beide Fälle gleich zu behandeln, wie ja § 212 B.G.B. den Fall der Zurücknahme der Klage und den der rechtskräftigen Abweisung der Klage durch ein nicht in der Sache selbst entscheidendes Urteil gleichstellt. Der § 212 B.G.B. findet aber aus dem bereits erörterten Grunde hier keine Anwendung." ...

---

87. Ist nach Beendigung des Konkursverfahrens der bisherige Gemeinschuldner befugt, einen vom Konkursverwalter begonnenen, aber nicht zur Entscheidung gelangten Anfechtungsprozeß im Kostenpunkte fortzusetzen?

VII. Civilsenat. Beschl. v. 21. Oktober 1902 i. S. K. (Kl.) w. G. & St. (Bekl.). Beschw.-Rep. VII. 133/02.

I. Landgericht Hagen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Ein die Frage verneinender Beschluß wurde auf Beschwerde des Klägers aufgehoben.

Gründe:

„Nachdem über das Vermögen des Möbelhändlers K. zu H. das Konkursverfahren eröffnet war, hat der Konkursverwalter zwei im Auftrage der Beklagten am 15. und 31. Oktober 1900 gegen den Gemeinschuldner vorgenommene Pfändungen als den Konkursgläubigern gegenüber unwirksam angefochten. In einem, nach Abschluß einer Beweisaufnahme anberaumten Verhandlungstermine erschienen die Prozeßbevollmächtigten, der bisherige Prozeßbevollmächtigte des Konkursverwalters gab die Erklärung ab, daß das Konkursverfahren inzwischen aufgehoben sei, und stellte für den „früheren Gemeinschuldner und jetzigen Kläger" den Antrag, der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Die Beklagte widersprach dem Eintritt des Gemeinschuldners in den Prozeß und verlas den Antrag, die Klage kostenpflichtig abzuweisen.

Durch Urteil des Landgerichts vom 6. März 1902 wurden die Kosten des Rechtsstreits der Beklagten auferlegt. Das Landgericht erkannte den bisherigen Gemeinschuldner als zur Fortsetzung des Prozesses wegen der Kosten berechtigt an. Es prüfte, ob der Anfechtungsanspruch, wenn das Verfahren fortgedauert hätte, begründet gewesen sein würde, und entschied diese Frage im bejahenden Sinne.

Die Beklagte legte sofortige Beschwerde ein mit dem Antrage, die Kosten des Rechtsstreits dem Kläger aufzuerlegen.

Durch den jetzt angefochtenen Beschluß des Oberlandesgerichts wurde unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts der Antrag des Klägers, dem Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen, abgewiesen; die durch diesen Antrag entstandenen Kosten und die Kosten der Beschwerde wurden dem Kläger auferlegt. Erwogen ist, bezüglich des Anfechtungsanspruchs selbst sei der Gemeinschuldner nach Beendigung des Konkurses nicht als Rechtsnachfolger der Konkursgläubiger oder des Konkursverwalters anzusehen, vielmehr nur einem,

bei der Anfechtung unbeteiligten Dritten gleich zu achten, diese seine Stellung werde aber auch bezüglich der Frage des Kostenpunktes keine andere, es könne also mangels positiver gesetzlicher Bestimmung der Gemeinschuldner, nachdem das Anfechtungsrecht selbst gegenstandslos geworden sei, nicht für befugt erachtet werden, den Prozeß, bei dem er lediglich als Dritter in Betracht kam, wegen des Kostenpunktes aus dem Gesichtspunkte fortzusetzen, daß der Anfechtungsgegner die Kosten des gegenstandslos gewordenen Prozesses zu tragen habe; für die Frage der Kostentragung des Prozesses könne bezüglich des Gemeinschuldners nur der Gesichtspunkt in Betracht kommen, daß derselbe für die Kosten als Masseschulden aufzukommen habe.

Diese Erwägungen bekämpft die weitere Beschwerde des Klägers, indem sie den Standpunkt vertritt und zu rechtfertigen sucht, daß, wenn auch der Anfechtungsanspruch selbst mit der Beendigung des Konkurses hinfällig werde, damit noch keineswegs der Anspruch auf Erstattung der durch die gerichtliche Geltendmachung entstandenen gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten erlösche, sowie daß in Ansehung dieser nicht mehr der Konkursverwalter wohl aber der Kridar legitimiert sei.

Die Beschwerde mußte Erfolg haben.

Im Anfechtungsprozesse besteht während der Dauer des Konkurses auf der einen wie auf der anderen Seite ein bedingter Anspruch auf Erstattung der Prozeßkosten, bedingt dadurch, daß und soweit derselbe demnächst im Urteile anerkannt wird; es bleibt bis dahin im ungewissen, ob auf der einen oder auf der anderen Seite ein begründeter Anspruch vorhanden ist, sowie ob ein solcher überhaupt besteht oder nicht vielmehr, indem die Kosten gegen einander aufgehoben werden, der Existenz ermangelt. Insoweit zeigt die Rechtslage im Konkursanfechtungsprozesse keine Abweichung von der in jedem anderen Rechtsstreit.

Die bedingte Verbindlichkeit auf der Klageseite stellt sich als eine Masseschuld gemäß § 59 Ziff. 1 K.O. dar, als ihr Träger muß mithin, wie bei jeder Masseschuld, der Gemeinschuldner betrachtet werden, da die Masse, aus welcher die Masseforderung vor den Ansprüchen der Konkursgläubiger zu befriedigen ist, eine selbständige rechtliche Persönlichkeit nicht darstellt, vielmehr der Gemeinschuldner Inhaber der sie bildenden, im Konkurse befangenen Rechte bleibt und

den Forderungen gegenüber die rechtliche Stellung des Schuldners einnimmt, wobei hinsichtlich der Masseschulden dahingestellt bleiben mag, ob hier seine Verbindlichkeit sich auf die Masseobjekte beschränkt, oder auch sein übriges Vermögen, wenn auch mit der Maßgabe ergreift, daß ein Zugriff in dasselbe zur Zeit ausgeschlossen ist.

Der bedingte Anspruch auf der Klageseite aber bildet einen Teil der Masse, ebenso wie die bei Eröffnung des Konkurses vorhanden gewesenen, der Zwangsvollstreckung unterliegenden Sachen des Schuldners und wie die Ansprüche, welche an die Stelle der ursprünglichen Masseteile treten, insbesondere wie Ersatzansprüche wegen Beschädigung oder Vernichtung vorhandener Vermögensgegenstände. Inhaber des bedingten Anspruchs ist der Gemeinschuldner.

In beiden Punkten wird durch den Umstand nichts geändert, daß der Gemeinschuldner im Anfechtungsprozesse nicht Träger des lediglich im Interesse der Gläubiger gewährten, den Hauptstreitgegenstand bildenden Anfechtungsrechts ist, denn geführt wird der Prozeß doch zur Wiederherstellung der durch den anfechtbaren Akt geminderten Masse; die durch ihn erlangten Objekte werden Masseteile, also Eigentum des Gemeinschuldners, mit der Bestimmung, zur Befriedigung der Gläubiger zu dienen. Die bedingte Kostenerstattungspflicht belastet ohne weiteres die Masse, und ebenso gehört der bedingte Erstattungsanspruch derselben an.

Mit der Frage nach dem Träger von Recht und Verbindlichkeit fällt nicht die zusammen, wer auf der Klageseite prozessual Parteistellung bekleidet. Die Stellung als Prozeßpartei kann unter Umständen auch auf einem anderen Grunde als dem der Inhaberschaft der materiellen Berechtigung und der Schuldnereigenschaft, insbesondere auf einem, vorzugsweise im Interesse anderer geordneten Dispositionsrechte beruhen. Ein solches ist dem Konkursverwalter verliehen. In ihm einbegriffen ist das Recht selbständiger Prozeßführung, der Konkursverwalter erscheint nicht als gesetzlicher Vertreter des Gemeinschuldners, auch nicht als der der Gläubiger, sondern tritt aktiv wie passiv kraft eigener Befugnis auf, so zwar, daß seine Akte auf die Rechte und Verbindlichkeiten des Gemeinschuldners rechtlich einwirken.

Nach Aufhebung des Konkurses wird der Prozeß in der Hauptsache gegenstandslos, nicht aber im Kostenpunkte, dieser bleibt Prozeßobjekt und muß der Entscheidung durch Urteil auf dem in der

Prozeßordnung vorgesehenen Wege entgegengeführt werden. Es mangelt an jedem Anhalt für die Annahme, daß der Prozeß auch hinsichtlich des Kostenpunkts als beseitigt zu behandeln und über diesen in einem anderen Verfahren zu entscheiden wäre. Die bedingte Schuld, bisher Massesschuld, trifft den Gemeinschuldner nach wie vor, wobei der Umfang der Verbindlichkeit wiederum dahingestellt bleiben mag. Der bedingte Anspruch ist von der konkursrechtlichen Beschränkung frei geworden. In der prozessualen Parteistellung aber tritt mit Notwendigkeit eine Änderung ein. Das Organ, welches bis dahin auf der Klageseite Parteistellung bekleidet hatte, ist weggefallen, der Konkursverwalter existiert begrifflich nicht mehr. An seine Stelle kann nur die Person treten, welche bereits Träger der Rechte und Verbindlichkeiten war und nur deshalb nicht als Partei erscheinen konnte, weil eben ein mit selbständigem Dispositionsrecht, welches die Befugnis zur Parteistellung in sich schloß, ausgestattetes Organ vorhanden war.

Will der Anfechtungsbeklagte nach Aufhebung des Konkurses eine Entscheidung über die Prozeßkosten herbeiführen, so hat er seine Anträge gegen den Gemeinschuldner zu richten. Dieser ist alsdann nicht darauf beschränkt, Abweisung der Anträge des Beklagten zu begehren, sondern kann seinerseits Verurteilung desselben in die, in ihrer Gesamtheit den Streitgegenstand bildenden Kosten begehren. Nicht ersichtlich ist, warum nicht auch der Gemeinschuldner die Initiative sollte ergreifen können.

Im vorliegenden Falle war mithin dem Kläger die Befugnis zur Fortführung des Rechtsstreits im Kostenpunkte nicht zu versagen."

---

88. 1. Zu den allgemeinen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit nach dem Gesetze vom 21. Juli 1879 (20. Mai 1898).

2. Kann die Anfechtung nach diesem Gesetze auch durch eine Erklärung wirksam erfolgen, die außerhalb eines Prozeßverfahrens dem Anfechtungsgegner gegenüber abgegeben wird? Genügt es, daß sie in einem vorbereitenden Schriftsatze erklärt und dieser dem Prozeßbevollmächtigten des Anfechtungsgegners zugestellt wird?

V. Civilsenat. Urt. v. 22. Oktober 1902 i. S. Witwe G. (Kl.) w. Joseph W. u. Gen. (Bekl.). Rep. V. 188/02.

I. Landgericht Ostrowo.
II. Oberlandesgericht Posen.

Für die Klägerin war auf dem Grundstück ihres Bruders Anton W. eine Darlehnshypothek von 3000 ℳ zu 5 Prozent verzinslich seit dem 10. Juli 1900 eingetragen. Die Eintragung hatte ihr Bruder als Eigentümer bewilligt. Später kam das Grundstück zur Zwangsversteigerung, und bei dieser gelangte im Verteilungstermin vom 10. April 1901 die Klägerin mit ihrer Hypothek und Zinsen — zusammen 3041,66 ℳ — voll zur Hebung. Die Hebung wurde aber an sie nicht ausgezahlt, sondern als Streitmasse hinterlegt, weil die Beklagten im Verteilungstermin Widerspruch erhoben und die Hebung für sich verlangten. Die Beklagten zu 1 bis 5 waren nacheingetragene Hypothekengläubiger, welche — wie es im Tatbestande des angefochtenen Urteils hieß — „mit dem größeren Teile ihrer Forderungen bei der Kaufgelderverteilung ausgefallen sind." Die Beklagten zu 6 bis 9 waren persönliche Gläubiger des Subhastaten W.; sie sollten sich — nach dem Tatbestande der Vorentscheidungen — wegen ihrer gegen diesen erstrittenen Forderungen den zur Hebung gekommenen Betrag haben pfänden und überweisen lassen; auch sollte ihr Widerspruch gegen die Auszahlung dieses Betrags vor dem Verteilungstermin im Grundbuch eingetragen worden sein. Eine den Widerspruch verfolgende Klage wurde seitens der Beklagten nicht erhoben; dagegen verlangte die Klägerin mit der gegenwärtigen Klage Verurteilung der Beklagten dahin, daß sie die Auszahlung der hinterlegten Masse an sie bewilligen und anerkennen sollten, daß ihnen an diese keine Rechte zuständen. Die Beklagten verlangten Abweisung der Klage und beantragten außerdem, die Streitmasse ihnen zu überweisen. Sie behaupteten, daß Klägerin ihrem Bruder überhaupt keine Valuta für die Hypothek gegeben habe, und daß letztere nur zum Scheine bestellt sei; die Klägerin habe die auf sie bei der Zwangsversteigerung entfallende Hebung an ihren Bruder abführen sollen. Eventuell fochten die Beklagten die Hypothek als zur Benachteiligung der Gläubiger bestellt nach Maßgabe des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 an. Sie brachten zum Nach-

weise, daß ihnen gegen W. vollstreckbare Forderungen zuständen, die im Tatbestande des Urteils zweiter Instanz näher bezeichneten Vollstreckungstitel bei.

Der erste Richter verurteilte die Beklagten nach dem Klagantrage. Er hielt für erwiesen, daß die Hypothek von der Klägerin in voller Höhe valutiert worden sei, und verwarf den Anfechtungsangriff der Beklagten. Der zweite Richter erkannte abändernd dahin, daß die Klage abzuweisen und daß bezüglich der Streitmasse ein neuer Teilungsplan mit der Maßgabe anzufertigen sei, daß den Beklagten gegenüber die gedachte Hypothek als nicht bestehend zu behandeln sei. In den Gründen führt er aus, daß nach dem Beweisergebnis erster Instanz die Hypothek als zur Benachteiligung der Gläubiger bestellt und deshalb dem Anfechtungsangriffe der Beklagten unterliegend zu erachten sei. Dieses Urteil ist auf die Revision der Klägerin aufgehoben worden.

Gründe:

„Es handelt sich um einen in der Zwangsversteigerung entstandenen Verteilungsstreit. Die Klägerin ist mit ihrer Hypothek zur Hebung gekommen; sie ist ihr aber, weil die Beklagten Widerspruch erhoben, nicht ausgezahlt, sondern als Streitmasse hinterlegt worden (§ 115 Abs. 1 des Zwangsversteigerungsgesetzes). Nach der gesetzlichen Regelung hätten daher die Beklagten als Kläger auftreten müssen (§ 878 C.P.O.). Daß dies nicht geschehen, die Klage vielmehr von der anderen Seite erhoben ist, ist für die materielle Beurteilung der Rechtslage gleichgültig. Den Beklagten verbleibt die ihnen für ihren Angriff auf die Hypothek obliegende Beweislast, nicht anders, als wenn sie selbst Klage erhoben hätten.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 15 S. 223; auch Gruchots Beiträge Bd. 42 S. 746.

Das Berufungsurteil hat diesen Punkt übergangen; in der Sache selbst geht aber der Berufungsrichter richtig davon aus, daß den Beklagten die Beweislast für den von ihnen unternommenen Anfechtungsangriff obliege.

Diesen Angriff erachtet der Berufungsrichter nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme für begründet. Er hat daher in Anwendung des § 880 C.P.O. ein anderweites Verteilungsverfahren angeordnet, dabei aber ausgesprochen, daß in diesem die Hypothek der Klägerin

den Beklagten gegenüber als nicht bestehend zu behandeln sei. Schon hier zeigt sich die Unzulänglichkeit der von ihm getroffenen Feststellungen. Unterliegt die Hypothek der Klägerin der Anfechtung, so unterliegt sie ihr nach § 7 des Anfechtungsgesetzes doch nur so weit, als es zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich ist. Vor allem müßte also feststehen, in welcher Höhe die Beklagten einen Ausfall erlitten haben. Hierüber ist nichts festgestellt. Es steht nicht einmal fest, ob der Ausfall der Beklagten zusammengerechnet die Streitmasse erschöpft. In Wahrheit scheint dies nicht der Fall zu sein. Wäre es aber auch der Fall, so wäre damit dem § 7 a. a. O. noch nicht Genüge geschehen. Genügt ist ihm erst, wenn das Urteil ergibt, in welcher Höhe jedem Beklagten gegenüber die Hypothek der Klägerin bei der neuen Verteilung als nicht bestehend behandelt werden soll. Ohne eine Feststellung des Ausfalls, welchen jeder der Beklagten erlitten hat bezw. erleiden würde, wenn die Streitmasse an die Klägerin zur Auszahlung käme, wird sich also der Rechtsstreit auf Grund des Anfechtungsangriffs nicht entscheiden lassen.

Unzulänglich sind aber auch die Feststellungen des Berufungsgerichts hinsichtlich der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen der Anfechtbarkeit (§ 2 des Anfechtungsgesetzes). Die Beklagten zu 1 bis 5 sind Realgläubiger, welche als solche hinter der Klägerin eingetragen waren und „mit dem größeren Teil ihrer Forderungen" bei der Verteilung des Erlöses ausgefallen sein sollen. Als Realgläubiger sind sie wegen des Ausfalls befugt, Widerspruch gegen ein ihnen vorgehendes Liquidat zu erheben, und ebenso ist gewiß, daß sie diesen Widerspruch vor dem Prozeßrichter mit der Behauptung begründen können, die von ihnen bestrittene Forderung unterliege der Anfechtung aus dem Gesetze vom 21. Juli 1879 und sei deshalb ihnen gegenüber unwirksam. Aber diese Befugnis steht ihnen, wie das Reichsgericht bereits unter der Herrschaft des preußischen Zwangsversteigerungsgesetzes vom 13. Juli 1883 in dem Urteil vom 29. November 1886,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 17 S. 167; auch Jurist. Wochenschr. 1887 S. 16,

ausgesprochen und dort näher begründet hat, nur dann zu, wenn sie dem § 2 des Anfechtungsgesetzes entsprechend einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt haben. Hieran hat sich durch das Reichsgesetz

über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung vom 24. März 1897, dessen Vorschriften in den hier fraglichen Beziehungen von denen des preußischen Zwangsversteigerungsgesetzes nicht abweichen, nichts geändert. Festzustellen wäre also gewesen, ob die für die Beklagten zu 1 bis 5 hinter der Klägerin eingetragen gewesenen Forderungen, wegen deren Ausfalls sie Widerspruch gegen das Liquidat der Klägerin erhoben haben, gegen den Schuldner Anton W. (den Subhastaten) vollstreckbar sind. Dies ist nicht festgestellt. In den Entscheidungsgründen heißt es zwar: „In der Berufungsinstanz haben sämtliche Beklagten vollstreckbare Schuldtitel wegen ihrer darin bezeichneten fälligen Forderungen gegen Anton W. beigebracht." Aber dies kann, solange nicht festgestellt ist, welche Forderungen für die Beklagten zu 1 bis 5 überhaupt eingetragen waren und also nicht ersichtlich ist, wegen welcher Forderungen diese Beklagten Widerspruch gegen das Liquidat der Klägerin erhoben haben, nicht genügen. Überdies ergibt sich aus den im Tatbestande des Berufungsurteils bezeichneten vollstreckbaren Schuldtiteln nicht einmal, daß alle aus ihnen hervorgehenden Forderungen auf dem versteigerten Grundstück überhaupt eingetragen waren; dieser Nachweis fehlt für die Beklagten zu 1 und 4, für welche nur ein mit dem Zeugnis der Rechtskraft versehener Vollstreckungsbefehl vom 26. September 1901 überreicht ist. Aus ihm läßt sich darüber, ob die in ihm bezeichnete Forderung eingetragen war, nichts ersehen.

Noch unklarer ist die rechtliche Stellung, vermöge welcher die Beklagten zu 6 bis 9 zur Anfechtung befugt sein sollen. Nach dem Tatbestande des ersten Urteils, mit welchem übereinstimmend — wie es im Tatbestande des zweiten Urteils heißt — der Sachverhalt dem Berufungsrichter vorgetragen worden ist, hätten sich diese Beklagten „den zur Hebung gekommenen Betrag wegen ihrer Ansprüche, die sie gegen Anton W. erstritten hätten, pfänden und überweisen lassen. Ihr Widerspruch gegen die Auszahlung des zur Hebung kommenden Betrages sei vor dem Kaufgelderbelegungstermin im Grundbuche eingetragen worden". Dies stimmt mit den von den Beklagten zu 6 bis 9 in zweiter Instanz überreichten und im Tatbestande des Berufungsurteils näher bezeichneten Vollstreckungstiteln nicht überein. Nach letzteren müßte man annehmen, daß sich die Pfändung und Überweisung auf die Eigentümerhypothek bezw. Eigentümergrundschuld

bezogen habe, die für Anton W. nach § 1163 Abs. 1 § 1177. Abs. 1 B.G.B. dadurch entstanden sein soll, daß die Forderung, für welche die Hypothek der Klägerin bestellt war, nicht zur Entstehung gelangt ist. Festgestellt ist in dieser Beziehung nichts, auch nicht, wie es sich mit dem „Widerspruch" verhält, der für die Beklagten zu 6 bis 9 im Grundbuche eingetragen sein soll, oder worauf überhaupt die für sie bewirkte Eintragung lautet. Sollte für die Beklagten zu 6 bis 9 — wie es den Anschein hat — nur die Pfändung und Überweisung der Eigentümerhypothek eingetragen, ihre Legitimation also darin zu finden sein, daß sie behaupten, die Klägerin habe ihrem Bruder Anton W. überhaupt keine Valuta für die ihr bestellte Darlehnshypothek von 3000 ℳ gegeben, so ist nicht recht verständlich, wie nun auch ihnen gegenüber die Feststellung ausreichen soll, daß die Hypothek der Anfechtung aus dem Gesetze vom 21. Juli 1879 unterliege. Denn letzteres setzt voraus, daß die Hypothek entstanden — im vorliegenden Falle also — daß das Darlehn gegeben worden, daß aber die Bestellung der Hypothek in der der Klägerin bekannten Absicht erfolgt sei, die Gläubiger des W. zu benachteiligen. Es bedarf hiernach, was die Beklagten zu 6 bis 9 anlangt, nach jeder Richtung hin noch der Feststellung, worauf sich ihre Anfechtungsbefugnis gründet.

Aus vorstehendem ergibt sich, daß die Vorentscheidung der Aufhebung unterliegen muß, und daß die Sache einer anderweiten Verhandlung vor dem Berufungsgericht bedarf. Sollte es bei dieser wiederum — nachdem die erforderlichen tatsächlichen Feststellungen getroffen sein werden — auf die Frage ankommen, ob und welchen Beklagten gegenüber die Hypothek der Klägerin der Anfechtung aus dem Gesetze vom 21. Juli 1879 unterliegt, so wird zum Zwecke einer richtigen Verteilung der Beweislast auch wieder darüber zu entscheiden sein, ob die einjährige Frist des § 3 Nr. 2 des Anfechtungsgesetzes durch die Zustellung des vorbereitenden Schriftsatzes vom 25. Juni 1901 gewahrt worden ist. Unstreitig ist, daß der Schriftsatz mit den Worten schließt: „Das Schuldbekenntnis, die Eintragungsbewilligung und die Eintragung werden aber auch nach Maßgabe des Reichsgesetzes von 1879 angefochten, weil sie von W. in der der Klägerin bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, erfolgt sind," und daß der Schriftsatz von dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten, Justizrat Sch., dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin, Rechts-

anwalt K., am 25. Juni 1901 zugestellt worden ist. Unstreitig ist ferner, daß an diesem Tage die genannten beiderseitigen Prozeßbevollmächtigten erster Instanz mit Prozeßvollmacht seitens ihrer Machtgeber versehen waren. Unter solchen Umständen erachtet der Berufungsrichter die Frist für gewahrt; er nimmt an, daß mit der Zustellung des Schriftsatzes die Anfechtung im Sinne des Gesetzes erfolgt sei, während die Revision dies bestreitet und auszuführen sucht, daß die Anfechtungserklärung eine empfangsbedürftige Willenserklärung sei (§ 130 B.G.B.), zu deren Entgegennahme die Prozeßvollmacht nicht ermächtige, so daß die Anfechtung dem Prozeßbevollmächtigten gegenüber mit Rechtswirksamkeit für die Partei weder in einem vorbereitenden Schriftsatz durch dessen Zustellung, noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Prozeßgericht durch mündlichen Vortrag erklärt werden könne. Es fehle daher an einer wirksamen Anfechtungserklärung überhaupt.

Dem kann nicht beigetreten werden.

Allerdings schreibt das Bürgerliche Gesetzbuch für die Anfechtung von Willenserklärungen wegen Irrtums (§ 119), wegen unrichtiger Übermittelung (§ 120), wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung (§ 123) in § 143 Abs. 1 vor, daß die Anfechtung durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolge; aber der Zusammenhang dieser Vorschriften, insbesondere die zusammenfassende Bestimmung in § 142, wonach das anfechtbare Rechtsgeschäft, wenn es angefochten wird, als von Anfang an nichtig anzusehen ist, ergibt, daß ihnen die Anfechtung von Rechtsgeschäften auf Grund des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 nicht unterstellt werden kann. Es mag sein, daß man bei der Beratung des Einführungsgesetzes zu dem Gesetze, betr. Änderungen der Konkursordnung, vom 17. Mai 1898 (R.G.Bl. S. 230), welches die gegenwärtig in Geltung stehende Fassung des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 (Bekanntmachung vom 20. Mai 1898, das. S. 709) bestimmt, wenigstens auf seiten der Regierungsvertreter der Meinung war, auch die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner innerhalb und außerhalb des Konkurses könne unabhängig von jedem Prozeßverfahren durch bloße dem Anfechtungsgegner gegenüber abzugebende Erklärung erfolgen (vgl. den Kommissionsbericht zu § 34 a. F., Hahn-Mugdan, Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen Bd. 7 S. 293. 294). Aber

diese Meinung findet, was die hier allein in Frage kommende Anfechtung außerhalb des Konkurses anlangt, in dem Anfechtungsgesetze vom 21. Juli 1879, wenn man seinen bisherigen Wortlaut in Betracht zieht, trotz der abweichenden Meinung einzelner Schriftsteller, vgl. Dernburg, Preußisches Privatrecht 5. Aufl. Bd. 2 § 130 Note 2 S. 336; Cosack, Anfechtungsrecht der Gläubiger S2. 19, keinen Anhalt. Wenn dieses Gesetz in § 1 die Anfechtung „nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen" zuläßt und sodann für alle von ihm bestimmten Anfechtungsfristen „die Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs" entscheidend sein läßt (§ 2 Nr. 2. 3. 4); wenn es ferner seine Regelung an die beiden in § 5 und § 9 speziell hervorgehobenen Fälle anschließt, nämlich an den Fall der „Erhebung des Anfechtungsanspruchs im Wege der Einrede" und an den Fall, daß „die Anfechtung im Wege der Klage erfolgt"; wenn es weiter in § 4 für die Erstreckung der dort gedachten Frist darauf Gewicht legt, daß bis zum Ablaufe von zwei Jahren seit der Zustellung der Anfechtungsankündigung der Anfechtungsanspruch rechtshängig geworden sein müsse; und wenn es endlich in § 13, wo der Einfluß einer über das Vermögen des Schuldners erfolgten Konkurseröffnung auf die Anfechtung außerhalb des Konkurses geregelt werden soll, wieder davon spricht, daß der Anfechtungsanspruch „noch rechtshängig" sei (Abs. 2), oder daß für ihn binnen bestimmter Frist „die Rechtshängigkeit eintritt" (Abs. 4), so muß aus der Zusammenhaltung dieser Vorschriften geschlossen werden, daß dem Anfechtungsgesetz vom 21. Juli 1879 in seiner bisherigen Fassung eine Anfechtung, die außerhalb eines Prozeßverfahrens erfolgen könnte, nicht bekannt war.

Vgl. hierzu das Urteil des Reichsgerichts vom 2. November 1887, Entsch. desselben in Civils. Bd. 19 S. 202, in welchem die Anfechtung auch im Wege der Replik zugelassen worden ist.

Daß nun durch die neue Fassung des Gesetzes eine Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner habe zugelassen werden sollen, welche nicht im Prozesse erfolgt, läßt sich nicht anerkennen. Der neuen Fassung liegt, wie die dem Gesetzentwurfe beigefügte Begründung ergibt (Hahn-Mugdan, a. a. O. S. 241), die Erwägung zu grunde, daß das Anfechtungsrecht kein Anspruch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 194 Abs. 1) sei, ein Anspruch

im Sinne dieses Gesetzes vielmehr erst dadurch entstehe, daß die Anfechtung erfolge. Ebenso verhalte es sich mit der Anfechtung, von der in den §§ 119. 120. 124. 143 B.G.B. die Rede sei. Es sei also beiden Arten der Anfechtung dies gemeinsam, daß aus ihnen ein Anspruch erst entstehe, wenn die Anfechtung erfolgt sei. Mit Rücksicht hierauf hielt man es für geboten, auch den Wortlaut des Anfechtungsgesetzes vom 21. Juli 1879 dem Bürgerlichen Gesetzbuche (§ 124 Abs. 1) anzupassen. — Diese ganze Erwägung hat mit der Frage, ob die Anfechtung auch außerhalb eines Prozeßverfahrens erfolgen könne, nichts zu tun. Hätte man auch in dieser Beziehung beide Anfechtungen gleichmäßig ausgestalten wollen, so hätte eine hierauf bezügliche (dem § 143 Abs. 1 B.G.B. entsprechende) Vorschrift in das Anfechtungsgesetz aufgenommen werden müssen. Dies ist nicht geschehen; es sind lediglich die Änderungen vorgenommen worden, welche § 3 Nr. 2, 3, 4. § 3a. § 4. § 11 Abss. 2, 3. § 12. § 13 Abs. 4 aufweisen. Diese ergeben darüber nichts, wie die Anfechtung zu erfolgen habe; sie ergeben zwar, daß es in denjenigen Fällen, in denen es bisher auf die Rechtshängigkeit des Anfechtungsanspruchs ankam, auf diesen erst im Prozeß hervortretenden Zeitpunkt nicht mehr ankommen soll; aber damit ist die Frage nicht entschieden, ob die Anfechtung überhaupt auch außerhalb eines Prozeßverfahrens zulässig ist. Man könnte hierfür anführen, daß bei der Beratung der neuen Fassung in der Kommission der Antrag gestellt worden war, dem Gesetz als neuen § 11a eine Bestimmung des Inhalts einzufügen: „Die Anfechtung erfolgt durch Klage oder Einwendung", und daß dieser Antrag, wie es in dem Kommissionsbericht heißt, als durch die Abstimmung zu § 34 K.O. (a. F.) für erledigt angesehen wurde. Ob die Kommission damit die oben erwähnte Annahme der Regierungsvertreter, daß auch diese Anfechtung, ebenso wie die im Bürgerlichen Gesetzbuche geregelte Anfechtung wegen Willensmängeln, durch jede formlose Erklärung erfolgen könne, hat billigen wollen, ist aus ihrem Bericht zu § 34 nicht mit Deutlichkeit zu ersehen (vgl. Hahn-Mugdan, a. a. O. S. 332. 293. 294). Wäre es aber auch der Fall, so könnte es nicht entscheidend sein, weil es im Gesetz keinen Ausdruck gefunden hat. Das Gesetz enthält nicht bloß keine Vorschrift, aus der sich eine so eingreifende Änderung des bisherigen Rechts entnehmen ließe, es wiederholt vielmehr auch jetzt wieder und in unver-

ändertem Wortlaut die beiden von ihm allein behandelten Fälle, daß die Anfechtung „im Wege der Einrede" oder „im Wege der Klage" erfolgt (§§ 5. 9), und es verlangt auch jetzt wieder in § 4 die Zustellung eines Schriftsatzes, wenn der Gläubiger, bevor er einen vollstreckbaren Schuldtitel erlangt hat oder seine Forderung fällig ist, behufs Erstreckung der Anfechtungsfristen den Anfechtungsgegner von seiner Absicht, die Rechtshandlung anzufechten, in Kenntnis setzen will. Hätte das Gesetz die Anfechtung selbst durch jede formlose Erklärung zulassen wollen, so wäre es nicht recht verständlich, weshalb es für die bloße Ankündigung der künftigen Anfechtung noch die Zustellung eines Schriftsatzes erfordert haben sollte.

Hiernach ist auch für das jetzt geltende Recht daran festzuhalten,

allerdings im Widerspruche mit der Mehrzahl der Kommentatoren zur Konkursordnung, vgl. Jäger unter IV. zu § 29 S. 226, Note 8 zu § 41 S. 303; Kurlbaum, Note 14 zu § 29; Seuffert, (Konkursprozeßrecht) S. 220. 227; Wolff, Note 11 zu § 29; aber andererseits auch Rehbein, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuche unter II. zu §§ 139—144 S. 197 und Neumann, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs 3. Aufl. Bd. 1 Note 5 unter c zu § 144 S. 138,

daß die Anfechtung von Rechtshandlungen zahlungsunfähiger Schuldner außerhalb eines Prozeßverfahrens, also durch bloße Erklärung der Anfechtung gegenüber dem Anfechtungsgegner, vom Gesetz nicht zugelassen worden ist.

Daraus folgt aber nicht, daß auch die prozessualen Voraussetzungen erfüllt sein müßten, unter denen eine Einrede, eine Replik oder eine Widerklage als schon erhoben anzusehen sind. Die Anfechtung kann im Prozeß rechtsgeschäftlich wirksam erklärt, also erfolgt sein, ohne daß darum die Anfechtungseinrede in prozessualem Sinne als erhoben gelten müßte. Erhoben wird sie erst, wenn sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Gericht vorgebracht wird. Hieran lassen die Vorschriften der Civilprozeßordnung keinen Zweifel. Aber wenn die Prozeßvollmacht, wie das Reichsgericht für die rechtsgeschäftliche Erklärung der Anfechtung wegen Irrtums bereits angenommen hat,

Urt. des II. Civilsenats vom 4. Juni 1901, Entsch. in Civils.

Bd. 48 S. 218; auch Urt. des erkennenden Senats vom 25. September 1901, daſ. Bd. 49 S. 392,

ſowohl zur Abgabe wie zur Entgegennahme dieſer Erklärung nach § 81 C.P.O. ermächtigt, ſo beſteht kein Grund, weshalb bei der Anfechtung aus dem Geſetze vom 21. Juli 1879 die Einrede erſt noch in der mündlichen Verhandlung vorgebracht ſein müßte, um als rechtsgeſchäftliche Erklärung wirkſam zu ſein. Dem Erfordernis, daß die Anfechtung nicht außerhalb eines Prozeßverfahrens geltend gemacht werden darf, iſt auch dann genügt, wenn ſie in einem vorbereitenden Schriftſatz erklärt und dieſer Schriftſatz zugeſtellt wird. Mit dieſer Zuſtellung iſt die Anfechtung erfolgt. Es würde auch ſonſt, wie gerade der vorliegende Fall zeigt, dem Anfechtungsberechtigten vielleicht unmöglich ſein, die Anfechtungsfriſten zu wahren, da es ſonſt darauf ankäme, ob der Termin zur mündlichen Verhandlung noch vor dem Ablaufe der in Frage ſtehenden Friſt anberaumt worden iſt.

Hiernach iſt dem Berufungsgericht darin beizutreten, daß durch Zuſtellung des vorbereitenden Schriftſatzes vom 25. Juni 1901 die Anfechtung im Sinne des Geſetzes erfolgt, die Friſt des § 3 Nr. 2 des Anfechtungsgeſetzes alſo von dieſer Zuſtellung zurückzurechnen iſt." ...

---

89. Iſt für die Klage auf Minderung einer dem Beklagten früher rechtskräftig zuerkannten Rente der Gerichtsſtand des § 767 C.P.O. begründet?

C.P.O. §§ 323. 767.

VI. Civilſenat. Urt. v. 23. Oktober 1902 i. S. K. (Bekl.) w. preuß. Eiſenbahnfiskus (Kl.). Rep. VI. 170/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daſelbſt.

Wegen einer Verletzung, die der Beklagte am 11. September 1899 im Betriebe der Eiſenbahn erlitten hatte, war der Kläger durch Urteil des Landgerichts I zu Berlin vom 27. März 1900 rechtskräftig zur Zahlung einer Rente an den Beklagten verurteilt worden. Mit der

Behauptung, daß der letztere vollständig geheilt sei, erhob der Kläger bei demselben Landgericht Klage auf die Feststellung, daß dem Beklagten die früher zuerkannte Rente nicht mehr zukomme, und daß die nach der Klagerhebung ihm gezahlten Beträge von ihm zurückzuerstatten seien. Der Beklagte bestritt die Zuständigkeit des Landgerichts, in dessen Bezirk er nicht wohnte. Beide vordere Instanzen wiesen diesen Einwand zurück. Auf die Revision des Beklagten ist das angefochtene Urteil aufgehoben worden aus folgenden

Gründen:

„Die Möglichkeit, eine rechtskräftige Verurteilung zukünftig fällig werdenden, wiederkehrenden Leistungen nachträglich abzuändern, wenn eine wesentliche Änderung derjenigen Umstände eingetreten war, die für die Bestimmung der Höhe der Leistungen maßgebend gewesen waren, gaben die bis zum 1. Januar 1900 geltenden Reichsgesetze nur durch § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871. Landesgesetzlich war die Rechtskraft solcher Urteile auch durch § 119 preuß. A.L.R. I. 6 und Artt. 209. 210 Code civil beschränkt. Besonders die Klagen aus § 7 Abs. 2 a. a. O. haben die Streitfrage hervorgerufen, ob sie als Einwendungen gegen den durch das frühere Urteil festgestellten Anspruch sich darstellten, und darum für sie der Gerichtsstand des § 686 C.P.O. a. F. begründet sei. Aber der frühere § 7 Abs. 2 ist durch Art. 42 Einf.-Ges. zum B.G.B. aufgehoben. An seine Stelle ist der § 323 C.P.O. getreten, durch den die erwähnte Möglichkeit, auf die Abänderung früherer rechtskräftiger Urteile zu klagen, allgemein gegeben ist. Dadurch haben die Klagen, auch soweit es sich um die Änderung einer nach dem Haftpflichtgesetze zuerkannten Rente handelt, eine neue gesetzliche Grundlage erhalten, und darum ist es entbehrlich, ausdrücklich Stellung zu nehmen zu den früheren diese Streitfrage berührenden Urteilen des Reichsgerichts. Es mag nur bemerkt werden, daß das Urteil des erkennenden Senats vom 29. Mai 1899,

Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 44 S. 364,

worauf das Landgericht seine in dem angefochtenen Urteile gebilligte Ansicht stützt, ihm nicht zur Seite steht. Denn da damals der Vorprozeß beim Landgericht B. in erster Instanz anhängig gewesen, die nachfolgende Klage auf Minderung der Unfallsrente aber beim Landgericht G. erhoben war, so hätte, wenn der ausschließliche Gerichts-

stand des § 686 als begründet angesehen wäre, auf Abweisung der Klage erkannt werden müssen, die nicht erfolgt ist.

Die Klage aus § 323 C.P.O. ist nicht eine Fortsetzung des durch das frühere Urteil abgeschlossenen Prozesses. Denn mit ihr wird ein neuer, nachträglich entstandener Tatbestand geltend gemacht, der dem Kläger einen Anspruch auf die Abänderung der durch das frühere Urteil festgestellten Leistungspflicht gibt. In den Fällen, wo der früher Verurteilte als Kläger die Beseitigung oder Minderung des früher durch Urteil festgestellten Anspruchs verlangt, läßt sich allerdings die Klage als eine Einwendung bezeichnen, die diesen Anspruch selbst betrifft, und dann würde die Fassung des § 767 seine Anwendung auf diese Fälle vielleicht zulassen. Allein so oft es sich um einen Anspruch des früheren Klägers auf Erhöhung der früher ihm zuerkannten Rente handelt, ist die Anwendung des § 767 ausgeschlossen; denn er befaßt sich ausdrücklich nur mit Einwendungen des Schuldners gegen die Vollstreckung des früher ergangenen Urteils. Darin liegt der Beweis, daß es unrichtig sein würde, aus der bloßen Möglichkeit, einem Teile der Klagen aus § 323 die Bezeichnung von Einwendungen im Sinne des § 767 zu geben, die Folge zu ziehen, daß sie mit Notwendigkeit diesem Gesetze zu unterstellen seien. Seine Worte enthalten ein zwingendes Argument dafür nicht, und die Zweckmäßigkeitsgründe sprechen überwiegend gegen solche Auslegung. Es erscheint geboten, die Klagen aus § 323 nicht nach einem rein äußerlichen Merkmale in zwei Gruppen zu scheiden, von denen für die eine ein ausschließlicher Gerichtsstand begründet ist, für die andere nicht. Es kommt hinzu, daß die tatsächlich bestehenden Lebensverhältnisse es zweifelhaft machen, ob der Grund zutrifft, der früher für die Anwendung des § 686 C.P.O. auf die Klagen aus § 7 Abs. 2 des Haftpflichtgesetzes geltend gemacht worden ist, daß nämlich der Richter des Vorprozesses geeigneter sei, darüber zu entscheiden, ob die früher maßgebend gewesenen Verhältnisse wesentlich geändert seien. Der Wechsel des Wohnsitzes der einen Partei kann zur Folge haben, daß die Änderung der Verhältnisse an einem ganz anderen Orte eingetreten ist, als wo der Vorprozeß entschieden ist, und dann ist es wenigstens fraglich, ob nicht das Gericht dieses Ortes geeigneter für die Beurteilung der neuen Verhältnisse ist, als das Gericht des Vorprozesses.

Diese Erwägungen führen zu dem Ergebnis, daß die hier vor-

liegende Klage aus § 323 nicht zu den Einwendungen gehört, für die der Gerichtsstand des § 767 C.P.O. begründet ist. Die Zuständigkeit des hier angegangenen Gerichts ist aber aus einer anderen gesetzlichen Bestimmung nicht abzuleiten, daher aber Beklagter berechtigt, der erhobenen Klage wegen Unzuständigkeit des Gerichts erster Instanz zu widersprechen." . . .

---

90. 1. Kann die Aufnahme des Verfahrens in der mündlichen Verhandlung erklärt werden?

2. Begreift der wegen verschuldet mangelhafter Lieferung einer Ware oder eines Werkes zu leistende Schadensersatz dann, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit bestritten, und der Gegner darauf von diesem Standpunkt aus zunächst einen Prozeß gegen einen Dritten geführt und verloren hat, ohne weiteres die durch diesen Prozeß dem Gegner entstandenen Kosten in sich?

VI. Civilsenat. Urt. v. 23. Oktober 1902 i. S. W. & Co. Konkursverw. (Kl.) w. E. (Bekl.). Rep. VI. 298/99.

I. Landgericht Dortmund.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Frage zu 1 ist vom Reichsgerichte bejaht worden aus den folgenden

Gründen:

. . . „Es könnte sich . . . fragen, ob dem § 227 C.P.O. a. F., § 250 n. F. gegenüber, nach welchem die Aufnahme eines unterbrochenen Verfahrens durch Zustellung eines Schriftsatzes erfolgt, die Aufnahme durch Erklärung in einer mündlichen Verhandlung als rechtswirksam gelten könne. Diese Frage, die von dem erkennenden Senate laut der Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 40 S. 370 einmal unentschieden gelassen und auch in Bd. 41 S. 405 daselbst wenigstens nicht entschieden bejaht ist, muß indessen nach richtiger Ansicht, die auch in den Motiven zu § 227 C.P.O. a. F. (§ 219 des Entwurfs) hervortritt und in der Literatur vorherrscht,

vgl. z. B. Gaupp-Stein, Civilprozeßordnung (4. Aufl.) Bd. 1 Bem. zu § 250 S. 500,

bejahend beantwortet werden, schon aus inneren Gründen, die in der

praktischen Entbehrlichkeit der schriftlichen Zustellung nach einmal in mündlicher Verhandlung erklärter Aufnahme liegen, die übrigens eine äußere Stütze erhalten durch den § 217 Abs. 2 C.P.O. a. F., § 239 Abs. 2 n. F., insofern, wenn dort eine Ladung der Rechtsnachfolger zur Aufnahme und zugleich zur Verhandlung der Hauptsache vorgesehen ist, dabei offenbar der normale Hergang für diesen Fall so gedacht ist, daß die Aufnahme eben in dem Termine zur mündlichen Verhandlung erklärt werden soll. Außerdem würde für den vorliegenden Fall eventuell noch in Betracht kommen, daß im Termine vom 5. April 1902 beide Parteien die Aufnahme erklärt, damit also offenbar eventuell auch die vom Gegner mündlich erklärte Aufnahme stillschweigend genehmigt haben, und daß nach der Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 14 S. 334 die Formvorschrift der Aufnahme durch Zustellung eines Schriftsatzes zu den verzichtbaren Vorschriften im Sinne des § 267 C.P.O. a. F., § 295 n. F. gehört." . . .

In derselben Sache ist die Frage zu 2 (vom Standpunkte des hier anzuwenden gewesenen preußischen Landrechts aus) verneint, und darüber folgendes ausgeführt worden:

. . . „Wegen der 758,40 ℳ Prozeßkosten ist die Revision . . . begründet; denn der Kläger hat mit Recht gerügt, daß es an einem Rechtsgrunde für diese Ersatzforderung fehle. Es kann nicht ohne weiteres der Käufer oder Besteller einer sodann fehlerhaft gelieferten Sache, der dieselbe weiter verkauft hat, für berechtigt gelten, auf Kosten des Lieferanten, bloß weil dieser die Fehlerhaftigkeit bestreitet, noch erst einen Prozeß hierüber mit seinem Abkäufer zu führen.[1] In Bezug auf einen der beiden hier in Rede stehenden Prozesse hat allerdings der Beklagte . . . behauptet, die ursprüngliche Klägerin habe ihn zur Anstrengung desselben, unter der Zusicherung, für alle Kosten aufzukommen, veranlaßt; aber die Richtigkeit dieser Behauptung ist bestritten und nicht festgestellt. Wenn das Oberlandesgericht noch anführt, daß in dem einen Prozesse die ursprüngliche Klägerin dem jetzigen Beklagten als Nebenintervenientin beigetreten sei, so kann daraus allein eine Verpflichtung jener, diesem die Prozeßkosten zu ersetzen, nicht abgeleitet werden." . . .

[1] Vgl. aber Bd. 51 dieser Sammlung S. 362. D. R.

91. Ist da, wo landesgesetzliche Vorschriften der in Art. 71 Ziff. 4 Einf.-Ges. zum B.G.B. bezeichneten Art nicht bestehen, der an Gärten ꝛc vom Wilde angerichtete Schaden stets zu ersetzen? Mitverschulden des Beschädigten durch unterlassene Instandhaltung von Schutzvorrichtungen?

B.G.B. §§ 835. 254.
Einf.-Ges. zum B.G.B. Art. 71 Ziff. 4.
Hannoversches Gesetz vom 21. Juli 1848, den Wildschaden betr.

VII. Civilsenat. Urt. v. 24. Oktober 1902 i. S. R. (Bekl.) w. Sch.'sche Kinder (Kl.). Rep. VII. 245/02.

I. Landgericht Lüneburg.
II. Oberlandesgericht Celle.

Aus den Gründen:

„Auf Grund des hier maßgebenden hannoverschen Gesetzes vom 21. Juli 1848, den Wildschaden betreffend, hat das Berufungsgericht angenommen, daß der von Hasen in den Baumschulen der Kläger angerichtete Schaden 2622,75 ℳ beträgt, für den an sich der Beklagte als Jagdpächter aufzukommen hat. Der Beklagte macht zu seiner Verteidigung geltend, das klägerische Grundstück sei mit einer Drahtumzäunung versehen, die bei gehöriger Instandhaltung vollen Schutz gegen das Eindringen der Hasen gewährt haben würde; die Kläger hätten es aber unterlassen, die schadhaft gewordene Umzäunung wieder instand zu setzen, obgleich dies mit verhältnismäßig geringen Kosten möglich gewesen wäre. Er erachtet sich deshalb der Haftung für den entstandenen Schaden im Hinblick auf § 254 B.G.B. für enthoben. Die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht diesen Einwand zurückweist, gehen im wesentlichen dahin: Die Kläger seien nicht verpflichtet, ihre Anlagen durch wehrbare Umfriedigungen gegen das Wild zu schützen. Der Art. 71 Ziff. 4 Einf.-Ges. zum B.G.B. setze notwendig voraus, daß regelmäßig auch der in nicht eingefriedigten Obstbaumschulen angerichtete Wildschaden zu ersetzen sei; nur da solle die Entschädigungspflicht des Jagdberechtigten wegfallen, wo landesgesetzliche Bestimmungen dem Grundeigentümer die Verpflichtung zur Herstellung von Schutzvorrichtungen auferlegen. Vorschriften dieser Art beständen in Hannover nicht. Der Jagdberechtigte könne sich

dem Grundeigentümer zur Umzäunung seiner Anlagen erbieten. Für diesen dagegen würde die Pflicht zur Anbringung von Schutzvorrichtungen eine unbillige Härte bedeuten, insbesondere, wie hier, bei einem ausgedehnten Areal von 61 Morgen; sie würde ihn zu einem erheblichen Kostenaufwande nötigen. Seien aber die Kläger zur Erhaltung ihres Ersatzanspruchs nicht genötigt gewesen, ihre Anlagen einzufriedigen, so könne ihnen auch eine mangelhafte Unterhaltung des tatsächlich vorhandenen Drahtzauns nicht als Verschulden angerechnet werden, selbst wenn dessen Instandhaltung mit verhältnismäßig geringem Kostenaufwande möglich gewesen wäre. Der Umstand, daß die Kläger, ohne dem Beklagten gegenüber dazu verpflichtet zu sein, ein Drahtgeflecht um ihre Baumschulen gezogen hätten, dürfe ihnen nicht zum Nachteil gereichen. Durch die freiwillige unvollständige Ausführung einer ihnen an sich nicht obliegenden Leistung werde eine Verpflichtung der Kläger, die Leistung vollständig zu bewirken, nicht begründet. — Diese Erwägungen vermögen die Entscheidung nicht zu tragen. Eine Verpflichtung des Grundeigentümers, seine Gärten, Baumschulen ꝛc einzufriedigen, in dem Sinne, daß die Herstellung der Schutzvorrichtung vom Jagdberechtigten oder von der Polizeibehörde erzwungen werden könnte, wird wohl nirgends in Deutschland bestehen. Von Aufrechthaltung solcher landesgesetzlicher Bestimmungen spricht auch nicht der Art. 71 Ziff. 4 Einf.-Ges. zum B.G.B. Unberührt bleiben vielmehr nach dieser Bestimmung die landesgesetzlichen Vorschriften, nach denen der an Gärten ꝛc angerichtete Wildschaden dann nicht zu ersetzen ist, wenn die Herstellung von Schutzvorrichtungen unterblieben ist, die unter gewöhnlichen Umständen zur Abwendung des Schadens ausreichen, Vorschriften also, nach denen der Grundeigentümer, der sein Eigentum unbeschützt läßt, dies auf seine Gefahr tut und den sonst zur Entschädigung Verpflichteten nicht haftbar machen kann. Wo solche Vorschriften bestehen, da kommt es nicht darauf an, ob nach Lage der Sache dem Grundeigentümer die Herstellung von Schutzvorrichtungen billigerweise zugemutet werden kann, ob sie große oder geringe Kosten erfordert u. dgl. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, daß, wo solche Vorschriften fehlen, der Entschädigungspflichtige schlechthin haftet. In solchem Falle ist vielmehr der Einwand, die Unterlassung der Schutzvorrichtung enthalte ein Mitverschulden des Beschädigten im

Sinne des § 254 B.G.B., nach Maßgabe des in dieser Gesetzesstelle ausgesprochenen Grundsatzes der Schuldvergleichung zu prüfen. Dieser Grundsatz findet gemäß § 254 Abs. 2 auch dann Anwendung, wenn sich das Verschulden des Beschädigten darauf beschränkt, daß er unterlassen hat, den Schaden abzuwenden oder zu mindern, und, wie auch das Berufungsgericht nicht verkennt, auch in solchen Fällen, in denen nicht eine auf Verschulden des Ersatzpflichtigen beruhende, sondern eine ihm kraft Gesetzes obliegende Ersatzpflicht in Frage steht, also auch auf die Verpflichtung zum Ersatz von Wildschaden. Der Berufungsrichter hat sich nun allerdings der hiernach gebotenen Prüfung unterzogen, ist dabei aber ersichtlich von einer zu engen Auffassung des Begriffs des Verschuldens ausgegangen. Er hat diesen Begriff nicht aus dem § 254 und sonstigen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches entwickelt, sondern ein Verschulden schon deshalb verneint, weil partikularrechtlich eine Verpflichtung der Kläger zur Einfriedigung ihrer Baumschulen nicht bestehe. Das ist rechtlich verfehlt. Die Vorschrift des § 254 Abs. 2 B.G.B. beruht auf der Erwägung, daß es nicht nur Pflicht eines jeden ist, schädliche Eingriffe in eine fremde Rechtssphäre zu vermeiden, sondern auch Aufgabe jedes ordentlichen und verständigen Menschen, sich und das Seinige tunlichst vor Schaden zu bewahren. Wer, pochend auf die Schadensersatzpflicht eines anderen, jede Maßregel zur Abwendung oder Minderung eines ihm drohenden Schadens unterläßt, der verstößt wider Treu und Glauben, wenn er gleichwohl den vermeidlich gewesenen Schaden von dem anderen ersetzt verlangt. Dieser Verstoß gegen Treu und Glauben ist es, den das Gesetz in § 254 Abs. 2 als Verschulden bezeichnet. Welche Abwehrmaßregeln dem Beschädigten zugemutet werden können, darüber läßt sich eine allgemeine Regel nicht aufstellen; der Richter hat im einzelnen Falle unter Abwägung aller Umstände zu entscheiden. Betrachtet man unter diesen Gesichtspunkten das Verhalten der Kläger, so kann es dahingestellt bleiben, ob ihnen nicht billigerweise die Einfriedigung ihrer Anlagen, auch wenn eine solche noch nicht vorhanden wäre, zugemutet werden könnte. Denn wenn auch dies vom Berufungsrichter mit Recht verneint sein mag, so ist doch der daraus gezogene Schluß, daß von den Klägern auch die Instandhaltung des bestehenden Zaunes nicht verlangt werden könne, unrichtig. Die Neuerrichtung eines Zaunes erfordert vielleicht einen derartigen Kosten-

aufwand, daß die Kläger ihn auch dann scheuen würden, wenn ihnen niemand zum Ersatz des Wildschadens verpflichtet wäre, während es unter gleicher Voraussetzung geradezu töricht sein kann, die mit geringen Kosten verbundene Ausbesserung eines bereits vorhandenen Zaunes zu unterlassen. Nur die Abwägung der besonderen Verhältnisse des vorliegenden Falls, nicht eine abstrakte Schlußfolgerung kann zu einer sachgemäßen Entscheidung darüber führen, ob die unterlassene Ausbesserung des Zaunes als ein Verschulden der Kläger im Sinne des § 254 Abs. 2 B.G.B. anzusehen sei. Aber auch dann, wenn sich herausstellt, daß die Instandhaltung der Umzäunung den Klägern nicht wohl zugemutet werden konnte, kann möglicherweise ein Verstoß wider Treu und Glauben immer noch darin liegen, daß die Kläger es unterlassen haben, den Beklagten von ihrer Absicht, sich um den Zaun nicht mehr zu kümmern, in Kenntnis zu setzen und ihm hierdurch Anlaß und Gelegenheit zu eigener Herstellung von Schutzvorrichtungen zu geben. Auch nach dieser Richtung bedarf die Sache wiederholter Prüfung." ...

---

92. Ist der Käufer auf Grund des ihm nach § 480 Abs. 2 B.G.B. zustehenden Anspruchs auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung unbedingt berechtigt, den Kaufvertrag in seiner Gesamtheit als nicht erfüllt zu betrachten und demgemäß eine nachträgliche Erfüllung desselben seitens des Verkäufers abzulehnen, oder hat er dieses Recht nur unter der Voraussetzung, daß er am Behalten der gelieferten mangelhaften Sache kein Interesse hat?

II. Civilsenat. Urt. v. 24. Oktober 1902 i. S. R. C. (Kl.) w. W. & M. (Bekl.). Rep. II. 192/02.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte kaufte am 11. September 1900 von der Klägerin 5 Tonnen Levantiner Haselnußkerne, Durchschnittsqualität der Ernte von 1900, Oktober-Dampferabladung zu 130 ℳ für 100 Kilo, lieferbar zu Hamburg, Kasse gegen Konnossement, und bezahlte gegen Übergabe

des letzteren der Klägerin den Kaufpreis. Als die Ware in Hamburg eingetroffen war, wurde sie von der Beklagten beanstandet und von Sachverständigen für nicht kontraktlich und minderwertig erklärt. Am 3. Dezember teilte die Beklagte der Klägerin mit, daß ihr Abnehmer H., welchem sie diese Ware weiterverkauft habe, dieselbe zurückweise und von dem mit ihr geschlossenen Vertrag zurücktrete, und daß sie deshalb von der Klägerin Schadensersatz, d. h. im wesentlichen den mit H. vereinbarten Kaufpreis fordere, wogegen die Klägerin über die Ware verfügen könne. Am 11. Dezember 1900 bot die Klägerin der Beklagten als Ersatzlieferung 71 andere Säcke Haselnußkerne an. Die Beklagte erhielt gegen Rückgabe des ihr überlieferten Konnossements für die beanstandete Ware den von ihr für die letztere gezahlten Betrag zurück. Sie lehnte aber die Annahme der angebotenen Ersatzlieferung ab. Klägerin ließ das auf die letztere bezügliche Konnossement nach vorgängiger Androhung öffentlich versteigern, wobei ein Einheitspreis für je 100 Kilo Haselnußkerne der angebotenen Ersatzlieferung erzielt wurde. Die Klägerin klagte daraufhin den Unterschied zwischen dem Vertragspreise der verkauften Ware und dem bei der Versteigerung für dieselbe erzielten Erlöse ein, wogegen die Beklagte mittels Widerklage die Differenz zwischen dem unter den Parteien vereinbarten Kaufpreise der Ware und demjenigen Betrage, den sie aus kontraktlicher Ware erlöst haben würde, von der Klägerin verlangte. Die Klage wurde in beiden Instanzen abgewiesen, die Widerklage dagegen, die von dem Landgerichte ebenfalls abgewiesen worden war, von dem Oberlandesgerichte zugesprochen, indem dieses auf Grund des § 480 Abs. 2 B.G.B. die Klägerin als zum Anbieten der Ersatzlieferung nicht befugt und die Beklagte wegen der Vertragswidrigkeit der ihr gemachten Lieferung als berechtigt erachtete, unter Ablehnung der Ersatzlieferung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Die von der Klägerin eingelegte Revision wurde zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Von der Revisionsklägerin ist im allgemeinen Verletzung des § 480 Abs. 2 B.G.B. gerügt und diese Rüge bei der mündlichen Verhandlung namentlich damit begründet worden, daß das Berufungsgericht auf Grund dieser Vorschrift mit Unrecht die Beklagte für berechtigt gehalten habe, deshalb, weil der von der Klägerin ihr zuerst

gelieferten Ware eine zugesicherte Eigenschaft gefehlt habe, unter Zurückweisung der angebotenen Ersatzlieferung das Erfüllungsinteresse zu verlangen, und daß dasselbe hierbei insbesondere die vor dem Angebot der Ersatzlieferung zwischen den Parteien stattgehabte Einigung über die Zurücknahme der von der Klägerin zuerst gelieferten Ware hätte berücksichtigen sollen.

Diese Beschwerde, von deren Beurteilung die Entscheidung über die Klage und die Widerklage abhängt, erscheint als unbegründet. Zunächst hat nämlich das Berufungsgericht das Vorliegen der ersten der beiden alternativen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 480 Abs. 2 a. a. O., daß nämlich der verkauften Ware zu der Zeit, zu welcher die Gefahr auf die Käuferin übergegangen ist, eine zugesicherte Eigenschaft, Durchschnittsqualität der Ernte von 1900, gefehlt hat, in rechtlich einwandfreier Weise festgestellt. Nach der in dem Tatbestand und der Begründung des Berufungsurteils enthaltenen Feststellung, wonach die Klägerin behufs Erfüllung des fraglichen Gattungskaufs während des Dampfertransports der betreffenden Ware der Beklagten das diese zur Empfangnahme derselben legitimierende Konnossement übergeben hat, ist nämlich gemäß § 647 H.G.B., §§ 931 und 446 B.G.B. die Gefahr dieser Ware schon während des Seetransports auf die Beklagte übergegangen, und ergibt sich das Vorliegen des weiteren Erfordernisses des § 480 Abs. 2 B.G.B., daß der Ware in diesem Zeitpunkte des Übergangs der Gefahr die erwähnte zugesicherte Eigenschaft gefehlt habe, ohne weiteres, namentlich im Hinblick auf die Natur dieses Mangels, der der betreffenden Ware von Anfang an angehaftet haben muß, aus der von dem Berufungsgerichte bezüglich des Nichtvorhandenseins dieser Eigenschaft ohne jede zeitliche Beschränkung getroffenen Feststellung. Hiernach hatte also die Beklagte als Käuferin schon durch die Übergabe des Konnossements gemäß § 480 a. a. O. das Recht erlangt, je nach ihrer Wahl Wandelung des Kaufs, Minderung des Kaufpreises, Lieferung einer mangelfreien Ware oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Sie hat aber nach der von den Vorinstanzen getroffenen Feststellung mittels ihres Briefs vom 3. Dezember 1900 Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewählt, indem sie von der Klägerin den Betrag ihrer „Schadensrechnung" mit 6629,70 ℳ, d. h. in der Hauptsache den zwischen ihr und ihrem Käufer H. für

den Weiterverkauf der Ware vereinbarten Kaufpreis, forderte und hiergegen der Klägerin die gelieferte Ware zur Verfügung stellte. Diese vertragliche Erklärung der Beklagten entsprach im wesentlichen der Vorschrift des § 480 Abs. 2 a. a. O., namentlich auch insoweit, als dieselbe hiermit ihr ganzes Erfüllungsinteresse geltend machte; denn — wie der erkennende Senat bereits in seinem Urteile vom 18. April 1902, Rep. II. 395/01, im Gegensatz zu der daselbst erwähnten abweichenden Meinung einiger Schriftsteller, ausgesprochen hat — der Käufer kann bei dem Fehlen einer zugesagten Eigenschaft der gelieferten Ware die letztere zurückweisen und Schadensersatz wegen der sich hieraus ergebenden Nichterfüllung des Vertrags schlechthin, also sein ganzes Erfüllungsinteresse von dem Verkäufer begehren, ohne daß dieses Recht an die Voraussetzung geknüpft wäre, daß der Käufer an der Ware in mangelhaftem Zustande kein Interesse habe. Wie nämlich schon aus dem Wortlaute des § 480 Abs. 2 und des für den Fall des Spezieskaufs eine analoge Bestimmung enthaltenden § 463 B.G.B. („Schadensersatz wegen Nichterfüllung") zu entnehmen ist, soll durch diese beiden Vorschriften dem Käufer unter den daselbst angegebenen Voraussetzungen jedenfalls das Recht gewährt werden, sich gegenüber einer gelieferten Sache, welcher eine zugesicherte Eigenschaft fehlt, auf den Standpunkt zu stellen, als habe der Verkäufer überhaupt nicht erfüllt, also die Sache zurückzuweisen und denjenigen Schadensersatzanspruch geltend zu machen, welcher aus der hierdurch in der Regel bewirkten vollständigen Nichterfüllung des Vertrags sich ergibt. Wäre dagegen der Gesetzgeber bei dem Erlaß dieser Bestimmungen von der erwähnten, auch durch die Revisionsklägerin vertretenen anderen Auffassung des Rechts des Käufers auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung ausgegangen, wonach der Käufer in den Fällen der §§ 463 und 480 Abs. 2 B.G.B. sich nicht unter allen Umständen dem Verkäufer gegenüber auf den Standpunkt stellen kann, daß infolge der Mangelhaftigkeit der geschehenen Lieferung der ganze Vertrag als nicht erfüllt anzusehen sei, so würde statt des in diesen beiden Bestimmungen gebrauchten Ausdrucks „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" eher der Gebrauch der Worte „Schadensersatz wegen Mangelhaftigkeit der Sache" oder ähnlicher Worte angezeigt gewesen sein. Dieses trifft umsomehr zu, als auch in den §§ 280 Abs. 2. 286 Abs. 2. 325. 326. 338. 440 Abs. 2. 524 Abs. 2 B.G.B.

der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung", wie schon der Inhalt dieser Vorschriften unmittelbar ergibt, in dem oben dargelegten Sinne eines durch die vollständige Nichterfüllung entstehenden Schadens gebraucht ist.

Vgl. bezüglich des § 326 Abs. 1 a. a. O. insbesondere das Urteil des erkennenden Senats vom 11. April 1902, Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 50 S. 263 flg.

Dieser in den letzteren Bestimmungen den fraglichen Worten beigelegte Sinn würde vermutlich den Gesetzgeber bestimmt haben, in § 463 und § 480 Abs. 2 a. a. O. einen anderen, beschränkteren Ausdruck statt der Worte „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" zu wählen, wenn er nicht auch hier diesen Worten die gleiche Bedeutung hätte beilegen wollen, wie ja auch in § 341 Abs. 2 und § 524 Abs. 1 B.G.B. zur Bezeichnung des beschränkteren Umfangs des in diesen Bestimmungen normierten Schadensersatzanspruchs entsprechend engere Ausdrücke „Schadensersatz wegen der nicht gehörigen Erfüllung", bezw. „den daraus (d. h. aus der arglistigen Verschweigung eines Fehlers der verschenkten Sache) entstehenden Schaden" gebraucht sind. Auf den seither erörterten Wortlaut der §§ 463 und 480 Abs. 2 B.G.B. ist aber, auch gegenüber den unter der Herrschaft des alten Rechts über den Inhalt des fraglichen Schadensersatzanspruchs bestehenden Rechtsansichten, umsomehr Gewicht zu legen, als sich auch aus der Entstehungsgeschichte der beiden fraglichen Bestimmungen,

vgl. namentlich Entwurf I § 385 und § 398, Entwurf II § 400 und § 415, Motive II S. 228 und S. 243, Protokolle II S. 1377 flg. S. 1426 flg., Denkschrift S. 62 und 64,

nicht ergibt daß der Gesetzgeber den fraglichen Ausdrücken eine andere Bedeutung als die durch deren Wortlaut angezeigte habe geben wollen — (wobei die für den gegenwärtigen Fall nicht in Betracht kommende Frage dahingestellt bleiben mag, ob sich hieraus nicht herleiten ließe, daß der Käufer nach seiner Wahl auch bei dem Behalten der ihm gelieferten mangelhaften Sache zur Geltendmachung des sich alsdann ergebenden beschränkteren Schadensersatzanspruchs berechtigt sei). — Vielmehr wird die diesseits vertretene Auslegung der fraglichen Bestimmungen durch den Verlauf der in der II. Kommission darüber gepflogenen Beratungen erheblich unterstützt. Ausweislich der Protokolle S. 1426—1428 war nämlich folgende

Fassung des dem § 480 des Gesetzes im wesentlichen entsprechenden § 398 des Entwurfs vorgeschlagen worden: „Wird dem Käufer einer nur der Gattung nach bestimmten Sache eine mangelhafte Sache zur Erfüllung angeboten, so kann er nach seiner Wahl statt der Minderung unter Zurückweisung der angebotenen Leistung diejenigen Rechte geltend machen, welche ihm im Falle der Nichterfüllung zustehen." Eine Abstimmung der Kommission über diesen Zusatz hat aber nicht stattgefunden, nachdem der Antragsteller die Worte „nach seiner Wahl statt der Minderung" zurückgezogen und anerkannt hatte, daß der übrig bleibende Satz sich von selbst verstehe. Hieraus ist aber zu schließen, daß über die Richtigkeit des alsdann übrig bleibenden Satzes, — wodurch das unbeschränkte Recht des Käufers, eine ihm angebotene mangelhafte Sache zurückzuweisen und denjenigen Schadensersatz zu verlangen, der ihm im Falle der gänzlichen Nichterfüllung des Vertrags zusteht, ausdrücklich würde festgesetzt worden sein, — allseitiges Einverständnis in der Kommission bestanden hat. Ferner hat die Kommission den zu § 398 des Entwurfs beantragten Zusatz: „Der Verkäufer kann die Wandelung oder Minderung dadurch abwenden, daß er gegen Rückgabe der mangelhaften Sache eine mangelfreie liefert und den Schaden ersetzt", unter anderem auch mit folgender Motivierung abgelehnt: Es müsse im Einzelfalle der Entscheidung des Käufers anheimgegeben werden, ob sein Interesse nicht der Nachlieferung entgegenstehe. Wolle man die Befugnis zur Zurückweisung der Nachlieferung von dem Nachweise abhängig machen, daß sie für den Käufer kein Interesse mehr habe, so würde, abgesehen von der hierdurch hervorgerufenen unvermeidlichen Vermehrung von Prozessen, der Käufer genötigt sein, eventuell seine gesamte Geschäftslage zu offenbaren. Es müsse ihm deswegen freistehen, sich für die Wandelung zu entscheiden, ohne eine Darlegung seiner Verhältnisse damit zu verbinden ꝛc (vgl. Protokolle S. 1427. 1435—1439). Diese allerdings zunächst nur auf den Wandelungsanspruch des Käufers als solchen sich beziehenden Gründe treffen aber auch für den hier in Rede stehenden Fall zu, daß der Käufer den ihm durch das Gesetz gewährten Schadensersatzanspruch in der Weise geltend machen will, daß er unter Zurückweisung der ihm gelieferten mangelhaften Sache sich auf den Standpunkt stellt, daß der Verkäufer ihm gegenüber den Vertrag überhaupt nicht erfüllt

habe. Zu einer besonderen Hervorhebung dieser Gesichtspunkte auch für den Fall der Wahl des Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung lag aber für die Kommission im Hinblick auf die beschränkte Fassung des erwähnten, sich nur auf die Fälle der Wandelung und Minderung beziehenden Antrags kein äußerer Anlaß vor.

Hiernach ist die Ansicht des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden, daß der Käufer in den Fällen des Fehlens einer zugesicherten Eigenschaft bei der gelieferten Sache oder des Vorhandenseins eines arglistig verschwiegenen Mangels derselben das Recht hat, den Vertrag als gänzlich unerfüllt zu behandeln, also unter Zurückweisung der Lieferung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern, und daß er demgemäß auch die ihm nachträglich angebotene anderweitige Realerfüllung ablehnen darf; denn wenn ihm die letztere Befugnis nicht zustände, würde die Verwirklichung seines Rechts auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung (in der oben erörterten Bedeutung) von dem Verkäufer durch das nachträgliche Angebot einer anderen Sache leicht vereitelt werden können. Dieses Ergebnis, soweit hierdurch das Recht des Verkäufers, dem Käufer in den Fällen des § 480 Abs. 2 B.G.B. an Stelle der zuerst gelieferten mangelhaften Sache die Nachlieferung einer anderen Sache als Erfüllung anzubieten, der Regel nach verneint wird, ist auch an und für sich als der Absicht des Gesetzgebers entsprechend anzusehen. Dies erhellt einerseits aus den Motiven zu § 398 des Entwurfs (S. 242), worin hervorgehoben ist, daß der Veräußerer infolge des Wandelungsanspruchs des Erwerbers seinerseits nicht befugt ist, an Stelle der vertragswidrigen eine mangelfreie Sache zu liefern und deren Annahme zu fordern, andererseits aus der oben erwähnten Ablehnung des die gegenteilige Regelung dieser Frage bezweckenden Antrags in der II. Kommission. Im übrigen steht dieses Ergebnis auch mit der seitherigen, auf der Grundlage des früheren Rechts beruhenden Rechtsprechung des Reichsgerichts im Einklang.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 34 S. 192, Bd. 36 S. 233, Bd. 43 S. 184.

Es ist endlich auch nicht erfindlich, inwiefern die von der Revisionsklägerin geltend gemachte Einigung der Parteien darüber, daß die erste Warenlieferung der Klägerin nicht als vertragsmäßig anzusehen sei, das Recht der Beklagten, Schadensersatz wegen Nicht-

erfüllung (in dem obigen Sinne) zu fordern und demgemäß die angebotene Nachlieferung der Klägerin zurückzuweisen, berührt haben sollte; denn dieses Einverständnis der Parteien ist dadurch zustande gekommen, daß die Klägerin den Standpunkt der Beklagten, daß die ihr angebotene Ware eine vertragswidrige sei, und daß sie deshalb Ersatz des ihr durch diese Vertragswidrigkeit entstandenen Schadens verlangen könne, teilweise, nämlich bezüglich der behaupteten Vertragswidrigkeit der ersten Lieferung, dadurch anerkannte, daß sie die beanstandete Ware zurücknahm und der Beklagten den dafür bezahlten Kaufpreis zurückerstattete. Daß bei diesem Hergang auch eine Vereinbarung der Parteien darüber, daß die Beklagte auf den von ihr bereits vorher geltend gemachten weiteren Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und auf das ihr auf Grund dieses Anspruchs zustehende Recht, eine etwaige Nachlieferung der Klägerin zurückzuweisen, verzichte, erfolgt oder auch nur in Frage gekommen sei, ist in den Vorinstanzen nicht einmal behauptet, jedenfalls aber von dem Berufungsgerichte nicht festgestellt worden. Im übrigen kann aber die teilweise Anerkennung des von einer Partei erhobenen vertraglichen Anspruchs durch die andere Partei nicht die rechtliche Folge haben, daß die erstere dadurch ihres Anspruchs insoweit, als er nicht anerkannt worden ist, verlustig würde.

Übrigens würde die Revision selbst dann keinen Erfolg haben können, wenn man nicht von der durch das Berufungsgericht vertretenen und nach obigen Ausführungen gerechtfertigten Rechtsansicht, — daß der Käufer kraft des ihm nach § 480 Abs. 2 B.G.B. zustehenden Schadensersatzanspruchs unbedingt berechtigt sei, den Vertrag als in seiner Gesamtheit nicht erfüllt zu betrachten und demgemäß eine nachträgliche Erfüllung abzulehnen, — sondern von der durch die Revisionsklägerin vertretenen entgegengesetzten Rechtsansicht, — daß der Käufer dieses Recht nur dann habe, wenn er am Behalten der gelieferten mangelhaften Sache kein Interesse habe, — ausgehen wollte; denn das Berufungsgericht hat das Vorliegen der letzteren Voraussetzung in rechtlich einwandfreier Weise tatsächlich festgestellt, in welcher Hinsicht auch keine Revisionsbeschwerde erhoben worden ist.

Endlich sind auch die von dem Berufungsgerichte an das oben erörterte rechtliche Ergebnis geknüpften Schlußfolgerungen, daß die Klägerin nicht berechtigt gewesen sei, Annahme und Bezahlung der

Ersatzlieferung zu fordern, und daß sie daher den geschehenen Selbsthilfeverkauf der Beklagten nicht zur Last bringen dürfe, daß dagegen der Beklagten der geltend gemachte Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung zustehe, rechtlich nicht zu beanstanden."

---

93. Erwirbt der Gläubiger eine Briefhypothek, welche auf den Anteilen mehrerer Miteigentümer eines Grundstücks eingetragen ist, nur dann, wenn sämtliche Miteigentümer ihm den Hypothekenbrief übergeben?

B.G.B. §§ 1117 Abs. 1. 1163 Abs. 2.

V. Civilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1902 i. S. G. (Kl.) w. K. (Bekl.). Rep. V. 236/02.

I. Landgericht Neuwied.
II. Oberlandesgericht Frankfurt a. M.

Auf den Miteigentumsanteilen der drei Beklagten an zwei Grundstücken wurde im Jahre 1899 für den Kläger ein Darlehen von 9000 ℳ, dessen persönlicher Schuldner nur der Beklagte 1 war, auf die Bewilligung der drei Beklagten eingetragen. Der darüber erteilte Hypothekenbrief wurde den Beklagten ausgehändigt, dann aber zunächst dem Kläger auf sein Ersuchen vom Anwalte der Beklagten zur Einsichtnahme zugesandt. Der Brief wurde sodann von dem Beklagten 1, auch in Vollmacht des Beklagten 2, dem Kläger zum Eigentume belassen. Der Kläger kündigte die Hypothekenforderung und erhob Klage darauf, die drei Beklagten, eventuell nur die Beklagten 1 und 2, zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in ihre Miteigentumsanteile zwecks Beitreibung der Forderung zu dulden. Das Berufungsgericht legte den drei Beklagten den ihnen darüber angetragenen Eid auf, daß auch die Beklagte 3 die Überlassung des Eigentums am Hypothekenbriefe an den Kläger genehmigt habe, und wies für den Fall, daß das Gegenteil beschworen werden würde, die Klage ab. Die Revision des Klägers, der die Ansicht vertrat, daß die Hypothek jedenfalls an den Anteilen der Beklagten 1 und 2 infolge deren Eigentumsübertragung des Briefs von ihm erworben sei, ist zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

... „Eine Hypothek, bei welcher die Erteilung des Hypothekenbriefs nicht ausgeschlossen ist, entsteht zwar auf Grund der Einigung des Eigentümers des Grundstücks mit dem Gläubiger durch die Eintragung im Grundbuche (§ 873 B.G.B.); sie steht aber bis zur Übergabe des Hypothekenbriefs an den Gläubiger dem Eigentümer zu (§ 1163 Abs. 2), der Gläubiger erwirbt sie erst, wenn ihm der Brief von dem Eigentümer des Grundstücks übergeben wird (§ 1117 Abs. 1). Sind auf der Eigentümerseite mehrere Personen vorhanden, sei es, daß das Eigentum des belasteten Grundstücks mehreren Personen nach Bruchteilen zusteht (§ 1114), oder daß die Hypothek auf mehreren Grundstücken verschiedener Eigentümer als Gesamthypothek eingetragen ist (§ 1132), so muß der Hypothekenbrief dem Gläubiger von den sämtlichen Eigentümern übergeben bezw., falls der Gläubiger bereits im Besitze des Briefes ist, die Einigung über den Übergang des Eigentums am Briefe auf den Gläubiger (§ 1117 Abs. 1. § 929) von den sämtlichen Eigentümern mit den Gläubigern getroffen werden, so daß, wenn auch nur einer der mehreren Eigentümer sich bei der Übergabe bezw. der Einigung nicht beteiligt hat, die Übergabe nicht erfolgt und die Hypothek von dem Gläubiger nicht erworben ist. Es ist dies schon eine Folge der Unteilbarkeit des Hypothekenbriefs in dem Sinne, daß nicht über die ganze Hypothekenforderung mehrere Briefe in Ansehung der mehreren haftenden Grundstücke oder Grundstücksanteile erteilt werden dürfen. Die Forderung, für welche eine Hypothek besteht, kann zwar geteilt, es kann auch die Forderung, für welche eine Gesamthypothek besteht, auf die einzelnen verhafteten Grundstücke verteilt, und es kann für jeden Teil der Forderung ein Teilhypothekenbrief hergestellt werden, wodurch ebensoviele selbständige Hypotheken entstehen, als Teile der Hypothekenforderung beliebt sind (§§ 1152. 1132 Abs. 2 B.G.B.; §§ 61. 64 G.B.O.). Es ist aber im Gesetze nicht zugelassen, einen Hypothekenbrief in der Weise in mehrere Teilhypothekenbriefe zu zerlegen, daß über jedes der belasteten Grundstücke bezw. über jeden Miteigentumsanteil für die ganze Forderung ein Teilhypothekenbrief hergestellt wird; denn über eine Gesamthypothek soll nur ein Brief erteilt werden (§§ 59. 63 G.B.O.). Hieraus ergibt sich die Unmöglichkeit, daß ein Gläubiger, für dessen Hypothek mehrere Miteigentumsanteile an einem Grundstücke haften, dadurch die Hypothek

auf einem der Anteile erwirbt, daß ihm einer der Miteigentümer einen Hypothekenbrief, der lediglich die Belastung seines Anteils für die ganze Forderung betrifft, übergibt. Dies ließe sich, was jedoch hier nicht in Betracht kommt, nur dadurch bewerkstelligen, daß der Gläubiger durch Verzicht auf die Hypothek an einzelnen Miteigentumsanteilen die Hypothek an diesen Anteilen zum Erlöschen bringt und sie ausschließlich an dem ihm genehmen Anteile oder den ihm genehmen Anteilen bestehen läßt (§ 1175 Abs. 1 Satz 2 B.G.B.). Die Anwendung dieser Sätze auf den zur Entscheidung stehenden Fall führt dahin, daß Kläger die Hypothek auch an den Miteigentumsanteilen der Beklagten 1 und 2 nur dann zur Zwangsvollstreckung bringen kann, wenn die Beklagte 3 der Übergabe des Hypothekenbriefs an ihn zugestimmt hat. Der Antrag auf Duldung der Zwangsvollstreckung ist also nur bedingt, nur für den Fall berechtigt, daß die Beklagten die Leistung des ihnen über die Genehmigung der Beklagten 3 auferlegten Eides verweigern." . . .

---

94. 1. Fällt der Auftrag zur Bürgschaftsleistung und Verpfändung für Börsentermingeschäfte unter den § 66 Abs. 2, 3 des Börsengesetzes?

2. Kann der Beauftragte aus der Ausführung eines solchen Auftrags einen Ersatzanspruch gegen den Auftraggeber herleiten?

I. Civilsenat. Urt. v. 25. Oktober 1902 i. S. M. als Verwalters im Konkurse des B. L. (Kl.) w. T. (Bekl.). Rep. I. 143/02.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte T. machte 1897 durch Bl. & Co. in Paris an der Pariser Börse Termingeschäfte in Mehl, und B. L. übernahm in seinem Auftrage die Bürgschaft für diese Geschäfte gegenüber Bl. & Co., verpfändete auch Aktien einer Londoner Aktiengesellschaft der Firma Bl. & Co. Nachdem B. L. im Juni 1898 aus den Geschäften 2508,50 Frs. (2322,70 ℳ) schuldig geworden und gemeinschaftlich mit dem Beklagten T. durch Urteil des Handelsgerichts der Seine rechtskräftig zur Zahlung verurteilt war, löste B. L. die

Aktien durch Zahlung der Urteilssumme ein und klagte 1900 gegen T. auf Erstattung dieser Summe auf Grund des Auftrags und einer ihm von Bl. & Co. erteilten Cession.

Der Beklagte wendete ein, daß er in ein Börsenregister nicht eingetragen, daß die Geschäfte Börsentermingeschäfte im Sinne der §§ 48. 66. 68 des Börsengesetzes und daß die Aktien völlig wertlos gewesen seien.

Der erste Richter erkannte auf Grund der Cession nach der Klage, auf die Berufung des Beklagten aber wurde, nachdem inzwischen über das Vermögen des V. L. der Konkurs eröffnet, die Klage abgewiesen.

Auf die Revision des Konkursverwalters ist dies Urteil aufgehoben und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen aus folgenden

Gründen:

„Festgestellt und nicht mehr streitig ist, daß es sich bei den vom Beklagten mit Bl. & Co. zu Paris gemachten Mehlgeschäften, aus denen die vom Kläger L. an Bl. & Co. bezahlte und jetzt erstattet verlangte Schuld des Beklagten von 2508,50 Frs. herrührt, um Börsentermingeschäfte im Sinne der §§ 48. 66. 68 des Börsengesetzes gehandelt hat, und daß der Beklagte so wenig wie der Kläger in ein Börsenregister eingetragen war. Bl. & Co. hatten aus diesen Geschäften gegen den Beklagten nach §§ 66. 68 a. a. O. eine im Inlande klagbare Forderung nicht, auch nicht aus dem in Frankreich ergangenen Urteil (§ 328 Ziff. 4 C.P.O.). Auf die Cession von Bl. & Co., die dem Kläger L. kein besseres Recht verschaffen konnte, als diese selbst hatte, kann der Klaganspruch deshalb nicht gestützt werden.

Nur das zweite Fundament der Klage kann in Betracht kommen. Der Kläger L. behauptet, daß er im Auftrage des Beklagten für die Schuld desselben aus allen Geschäften mit Bl. & Co. die Bürgschaft gegenüber Bl. & Co. übernommen und im Auftrage des Beklagten die 40000 ℳ Aktien unter Garantie eines Werts von 20000 ℳ an Bl. & Co. für alle Engagements des Beklagten verpfändet habe und nachdem er solidarisch mit dem Beklagten zur Zahlung der 2508,50 Frs. verurteilt, diese Summe habe zahlen müssen, um die viel wertvolleren Aktien zu retten.

Daß der Beklagte dem L. den behaupteten Auftrag zur Ver-

pfändung der Aktien für die 1898 bestandenen und die weiter in Aussicht genommenen Engagements erteilt und L. diesen Auftrag ausgeführt hat, stellt das Berufungsgericht fest. Es weist die Klage auch aus diesem Fundament ab, weil nach § 66 Abss. 2 und 3 des Börsengesetzes auch der Auftrag, für Börsentermingeschäfte Sicherheit zu bestellen, unwirksam sei, und ein Schuldverhältnis nicht begründe.

Nach § 66 Abs. 2 begründet aber nur der Auftrag zum Abschlusse von Börsentermingeschäften, die nach § 66 Abs. 1 ein Schuldverhältnis nicht begründen, kein Schuldverhältnis, und nach Abs. 3 sind die bestellten Sicherheiten unwirksam. Daraus allein folgt nicht, daß auch der Auftrag zur Bürgschaft oder zur Verpfändung für fremde Schuld aus Börsentermingeschäften ungültig oder unwirksam ist. Richtig ist nur, daß infolge der Unwirksamkeit der Hauptschuld, für welche in Ausführung eines solchen Auftrags die Bürgschaft übernommen oder Pfand bestellt ist, nach gemeinem wie nach französischem Recht (Code civil Art. 2012 Abs. 1; Windscheid, Pandekten Bd. 2 § 477) der Bürge und der dritte Verpfänder die unverbindliche Schuld des Hauptschuldners nicht zu bezahlen braucht, da ihm alle Einreden des Hauptschuldners zustehen und er aus der Zahlung unverbindlicher Schuld einen Regreß gegen den Hauptschuldner nicht hat. Danach wäre die Klage hinfällig, wenn nichts weiter vorläge, als daß L. die Schuld des Beklagten aus dem im Inlande unverbindlichen und nicht vollstreckbaren französischen Urteil bezahlt hat.

Die Klage behauptet aber, daß L. die Schuld aus dem Urteil habe zahlen müssen, weil Bl. & Co. sich sonst an das in ihren Händen befindliche Pfand gehalten und dasselbe verkauft haben würden. Liegt die Sache so, so kann der Beklagte dem Kläger ohne Arglist nicht entgegenhalten, daß er nicht zurückfordern könne, was er an Bl. & Co. geleistet, weil er geleistet habe, wozu er nicht verpflichtet gewesen sei. Denn in diesem Falle hat der Beklagte selbst, der den Auftrag gegeben, in Paris die Aktien zu verpfänden, den L. in die Lage versetzt, im Auslande leisten zu müssen, was der Beklagte im Inlande nicht zu leisten brauchte. Den L. trifft in diesem Falle keine Schuld daran, daß er geleistet hat, wozu der Beklagte nicht verpflichtet war (l. 10 § 12. l. 29 Dig. mand. 17, 1; l. 67 Dig. de fidej. 46, 1).

Von diesem rechtlichen Gesichtspunkte aus ist die Sache bisher nicht geprüft. Zur Entscheidung ist die Sache auch um deswillen nicht reif, weil der Beklagte behauptet hat, die Aktien seien völlig wertlos gewesen und auch jetzt völlig wertlos, für den L. habe deshalb keine Veranlassung bestanden, sie durch Zahlung der 2508,50 Frs. einzulösen.

Danach hat das Berufungsurteil aufgehoben und die Sache zur Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückverwiesen werden müssen."

---

95. Unter welchen Umständen läßt sich, wenn ohne vorher begründetes Vertragsverhältnis fahrlässigerweise eine unrichtige Auskunft erteilt worden ist, ein vertragsmäßiger Anspruch auf Ersatz des dadurch verursachten Schadens begründen?

VI. Civilsenat. Urt. v. 27. Oktober 1902 i. S. Spar- u. Darlehnskasse zu L. (Kl.) w. G. (Bekl.). Rep. VI. 201/02.

I. Landgericht Brieg.
II. Oberlandesgericht Breslau.

Nachdem eine gegen den Rechtsanwalt und Notar G. erhobene Schadensersatzklage in beiden vordern Instanzen abgewiesen worden war, hat das Reichsgericht das Berufungsurteil aufgehoben, und die Sache an das Berufungsgericht zurückverwiesen, aus den folgenden

Gründen:

„Die Klägerin verlangt Schadensersatz vom Beklagten, weil er ihr am 17. Januar 1900 den folgenden Brief geschrieben hat:

„Auf Veranlassung des Herrn H. in Br. teile ich Ihnen ergebenst mit, daß auf seinem Grundstücke Nr. 31 Br. im ganzen 18660 ℳ Hypotheken eingetragen sind,"

weil sie dadurch veranlaßt worden sei, dem H. das von diesem gewünschte Darlehn von 2000 ℳ gegen Eintragung einer weiteren Hypothek zu gewähren, weil aber in Wirklichkeit die hypothekarische Belastung jenes Grundstücks wesentlich höher gewesen sei, und weil

infolgedessen sie, die Klägerin, bei der Zwangsversteigerung desselben mit ihrer Hypothek ausgefallen sei.

Mit zutreffenden Gründen hat das Berufungsgericht dargelegt, daß sich aus dem gegebenen Sachverhalte nach dem jetzigen Stande der Gesetzgebung ein Anspruch auf Grund unerlaubter Handlung, insbesondere nach Maßgabe des § 823 oder des § 839 B.G.B., nicht ableiten lasse, und die Klägerin hat in dieser Hinsicht das vorige Urteil auch nicht angegriffen.

Dagegen konnte dem Rechtsmittel der Klägerin, insofern sie eine Verkennung der Grundsätze des Vertragsrechts gerügt hat, der Erfolg nicht versagt werden. In dieser Beziehung hat sie in der Berufungsinstanz behauptet, daß sie vor Bewilligung des Darlehens von H. die Beibringung einer Bescheinigung der Belastungsverhältnisse des Grundstücks von seiten eines Notars verlangt, und daß daraufhin H. den Beklagten zu jener schriftlichen Mitteilung an sie veranlaßt habe. So weit hierin dem Vorbringen erster Instanz gegenüber neues enthalten war, ist die Frage wegen einer etwaigen Klagänderung nicht aufzuwerfen, weil der Beklagte sich in der Berufungsverhandlung, ohne in dieser Beziehung etwas zu rügen, auf das neue Vorbringen eingelassen hat (vgl. §§ 527. 523. 269 C.P.O.). Wenn nun die Klägerin aus den erwähnten Vorgängen rechtlich hat folgern wollen, daß H. mit dem Beklagten im Sinne des § 328 B.G.B. zu gunsten ihrer als einer Dritten kontrahiert habe, so ist freilich auch dies vom Berufungsgerichte in zutreffender Weise widerlegt worden. Es liegt kein Grund für die Annahme vor, daß H. eine solche Absicht gehabt hätte; ihm kam es vielmehr nur darauf an, in seinem eigenen Interesse eine solche Bescheinigung über die Höhe der hypothekarischen Belastung seines Grundstücks zu erlangen und sie der Klägerin vorzulegen oder vorlegen zu lassen. Er ist in dieser Hinsicht auch jedenfalls in ein Vertragsverhältnis mit dem Beklagten getreten. Aber das Oberlandesgericht hat übersehen, daß dadurch nicht ausgeschlossen ist, daß der Beklagte in derselben Angelegenheit auch zu der Klägerin in ein Vertragsverhältnis getreten, und daß dieser Vertrag auch stillschweigend geschlossen sein kann. Wenn jemand, zu dessen Berufsgeschäften es gehört, anderen in Geschäften der fraglichen Art beratend zur Seite zu stehen, und der erfahren hat, daß ein anderer in einer solchen Angelegenheit einer zuverlässigen Auskunft bedarf, diesem dann in einem

an denselben gerichteten Schreiben eine Auskunft über den erheblichen Punkt gibt, so schließt er eben dadurch den betreffenden Vertrag mit dem Auskunft Begehrenden ab. Es kommt dabei nichts darauf an, daß der Beklagte hier nicht, wie die Klägerin gewünscht hatte, als Notar tätig geworden ist, sondern nur als Rechtsanwalt, da zur Berufstätigkeit der Rechtsanwälte gerade die Beratung anderer in dergleichen Angelegenheiten gehört. Auch kann für jetzt dahingestellt bleiben, ob der Beklagte seine Gebühren nicht von der Klägerin, sondern nur von H. zu erwarten hatte, in welchem letztern Falle ein Auftragsverhältnis (§ 662 B.G.B.) vorliegen würde, und ob im entgegengesetzten Falle der Vertrag als Dienstvertrag (§ 611 B.G.B.), oder als Werkvertrag (§ 631 B.G.B.) zu gelten haben würde. In jedem Falle müßte der Beklagte, wenn er, wie behauptet ist, aus Fahrlässigkeit eine falsche Auskunft erteilt haben sollte, der Klägerin nach § 276 Abs. 1 B.G.B., bezw. § 676 Abs. 1 B.G.B. für den ihr dadurch verursachten Schaden aufkommen." ...

---

96. Ist die Zustellung eines Urteils, bei der vom Gerichtsvollzieher als Auftraggeber eine andere Person als die Partei oder ihr im Urteil benannter Prozeßbevollmächtigter angegeben wird, geeignet, den Beginn des Laufes der Notfrist zu bewirken?

VI. Civilsenat. Beschl. v. 27. Oktober 1902 auf die Beschw. des Dr. H., zur S. K. Wwe. (Kl.) w. K. (Bekl.). Beschw.-Rep. VI. 218/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Der Beschwerdeführer hatte bei seiner Vernehmung als Zeuge und Sachverständiger die Aussage verweigert. Seine Weigerung wurde vom Landgericht durch Zwischenurteil vom 5. November 1901 für unberechtigt erklärt. Dieses Urteil, in dem als Prozeßbevollmächtigter der Klägerin der Rechtsanwalt S. in B., als der des Beklagten der Rechtsanwalt H. in B. angegeben war, wurde nach dem Vermerk des Gerichtsvollziehers auf der zugestellten beglaubigten Abschrift im Auftrage des Rechtsanwalts M. in B. am 10. April 1902

dem Beschwerdeführer zugestellt. Eine von diesem am 6. September 1902 eingelegte Beschwerde gegen das Urteil wurde durch Beschluß des Kammergerichts wegen Versäumung der Notfrist als unzulässig verworfen. Gegen diesen Beschluß wurde weitere Beschwerde eingelegt, die auch für begründet erachtet worden ist.

Gründe:

... „Der Beschwerdeführer hat schon in der Vorinstanz bestritten, daß das Zwischenurteil vom 5. November 1901 ihm rechtswirksam zugestellt sei; denn da der Rechtsanwalt M. im Urteile nicht als Prozeßbevollmächtigter einer der Parteien bezeichnet sei, so sei nicht ersichtlich, für wen zugestellt sei. Das Kammergericht hat diesen Einwand zurückgewiesen, weil gerichtskundig sei, daß der Rechtsanwalt M. mit dem Justizrat S. assoziiert sei, wie er denn auch in diesem Prozesse wiederholt für letzteren tätig gewesen sei. Darum sei er auch berechtigt gewesen, für seinen Gesellschafter die Zustellung an den Beschwerdeführer bewirken zu lassen, und es unterliege keinem Zweifel, daß diese Zustellung für die Klägerin erfolgt sei. Diese Ausführung geht jedoch fehl, weil nichts dafür vorliegt, daß der Beschwerdeführer von dem Gesellschaftsverhältnis zwischen dem Rechtsanwalt S. und dem Rechtsanwalt M. und dem Auftreten des letzteren in dem Prozesse Kenntnis gehabt hat. Ihm hat nur die beglaubigte Abschrift der Zustellungsurkunde vorgelegen, die er vom Gerichtsvollzieher erhielt, und in der gemäß § 191 Ziff. 2 C.P.O. die Person bezeichnet war, für welche zugestellt werden sollte. Nach dieser Angabe allein konnte er beurteilen, ob die Zustellung von einem dazu befugten Auftraggeber ausging, oder nicht. Da er nun die von unbefugter Seite ausgehende Zustellung nicht zu beachten brauchte,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 17 S. 414,

so war die vom Rechtsanwalt M. im eigenen Namen bewirkte Zustellung nicht geeignet, für den Empfänger die Rechtsmittelfrist in Lauf zu setzen. Dafür fehlte es an einer für ihn wirksamen Zustellung des Urteils.

Der angefochtene Beschluß war hiernach aufzuheben." ...

97. Abgrenzung der Haftung einer Körperschaft des öffentlichen Rechts für Schadenshandlungen ihrer Vertreter nach Maßgabe der §§ 31. 89 B.G.B. gegenüber der gemäß Art. 77 Einf.-Ges. zum B.G.B. landesgesetzlich geregelten Haftung der betreffenden Korporationen für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden. Wie macht sich hierbei eine landesrechtliche Beschränkung des Rechtsweges geltend?

VI. Civilsenat. Urt. v. 27. Oktober 1902 i. S. Eheleute B. (Kl.) w. Stadtgem. Saarburg (Bekl.). Rep. VI. 200/02.

I. Landgericht Zabern.
II. Oberlandesgericht Colmar.

Am 17. September 1900 ertrank der Sohn der Kläger, der Offiziersbursche B., als er zu Saarburg das Pferd seines Herrn in die Schwemme ritt, in einer Untiefe der Saar. Die Kläger erhoben mit der Behauptung, daß es Pflicht der Stadtverwaltung gewesen wäre, gegenüber der gefährlichen Untiefe entsprechende Sicherheitsmaßregeln zu treffen, und daß durch schuldhafte Unterlassung solcher Maßregeln der Tod ihres Sohnes verursacht sei, gegen die Stadtgemeinde Saarburg Klage auf Schadensersatz. Die Beklagte schützte vor allem den Einwand der Unzulässigkeit des Rechtsweges vor. Das Landgericht wies diese Einrede zurück; das Berufungsgericht wies dagegen die Klage wegen Unzulässigkeit des Rechtsweges ab. Die Revision der Kläger ist zurückgewiesen worden.

Aus den Gründen:

... „Die Revision will zugeben, daß bei der erhobenen Klage bis jetzt die Voraussetzungen von § 40 elsaß-lothr. Ausf.-Ges. zum B.G.B. nicht als gegeben erhellten. ... Allein es handle sich in Wahrheit hier um eine Haftung der Gemeinde nicht für ihre Beamten, sondern für ihr (der Gemeinde) eigenes Verschulden. Es sei die juristische Person selbst, welche bei Verfehlungen ihrer Organe delinquiere, und es kämen also die Bestimmungen der §§ 31. 89 B.G.B. zur Anwendung, wodurch die alten französischen Gesetze über Trennung der Gewalten außer Kraft gesetzt seien. Schon bisher sei übrigens in zahlreichen Fällen der vorliegenden Art eine civilrechtliche Haftung von Staat oder Gemeinde auf Grund von Art. 1384 Code civil, unter

Zulassung des Rechtsweges, anerkannt worden. Wofern es auch nur möglich sei, in der vorliegenden Klage einen Anspruch von dieser rechtlichen Natur zu finden, so habe der Rechtsweg nicht für unzulässig erklärt werden dürfen. Ob die Klage wirklich begründet sei, wäre dann eine Frage der materiellen Beurteilung.

Diese Einwendungen der Revision konnten nicht als begründet anerkannt werden; vielmehr erweist sich die angefochtene Entscheidung, soweit sie nachzuprüfen ist, als rechtlich einwandsfrei.

Die Kläger haben nach dem Tatbestande des landgerichtlichen Urteils ... ihre Klage dahin begründet, daß es Sache der Stadtverwaltung, und zwar speziell des Bürgermeisters infolge der diesem auf Grund des § 16 der Gemeindeordnung vom 6. Juni 1895 in Verbindung mit Art. 3 Tit. XI des Gesetzes vom 16./24. August 1790 Ziff. 1 und 5 verliehenen polizeilichen Befugnisse und Pflichten, gewesen sei, diese wegen ihrer Gefährlichkeit bekannte, allgemein benutzte Schwemme entweder gänzlich zu unterdrücken, oder in einer Weise abzusperren oder zu sichern, daß jeder Unfall ausgeschlossen sei. In der Berufungsinstanz ... haben die Kläger weiter ausgeführt, die bisher an der fraglichen Stelle der Saar getroffenen Sicherheitsvorkehrungen seien durchaus unzureichende gewesen. Solange dort nicht volle Sicherheit geschaffen sei, dürfe überhaupt nicht geduldet werden, daß die Stelle als Schwemme benutzt würde; indem die Stadtverwaltung dies zugelassen hätte, habe sie sich einer groben Fahrlässigkeit schuldig gemacht, für deren Folge die Gemeinde im Wege gerichtlicher Klage auf Grund der §§ 823 flg., bezw. § 831 B.G.B. zum Ersatze des Schadens herangezogen werden könne.

Wenn das Berufungsgericht auf eine in dieser Weise begründete Klage den § 40 elsaß-lothr. Ausf.-Ges. zum B.G.B. für unanwendbar erachtet hat, so handelt es sich hierbei um Auslegung, bezw. Anwendung einer irrevisibeln Rechtsnorm, hinsichtlich deren eine sachliche Nachprüfung dem Revisionsgericht nicht zusteht. ... Einer Anfechtung mittels der Revision unterliegt ebensowenig die Auffassung des Berufungsgerichts von der Tragweite des § 40 Ausf.-Ges., daß durch diese landesgesetzliche Bestimmung keine Änderung in dem bisherigen Rechtszustand, soweit er die Trennung der Gewalten betraf, eingetreten sei. Es kann sich also für die gegenwärtige Entscheidung nur darum fragen, ob die Ausschließung des Rechtsweges im Hinblick

auf die sonst in Betracht kommenden, namentlich die reichsgesetzlichen Rechtsnormen sich gegenüber einer Klage, wie sie hier erhoben ist, als gerechtfertigt darstelle.

Die Regelung der Zulässigkeit des Rechtsweges ist im allgemeinen, und soweit nicht spezielle reichsgesetzliche Vorschriften eingreifen, den Landesrechten vorbehalten (§ 13 G.V.G., §§ 4. 11 Einf.-Ges. zum G.V.G.). Für Elsaß-Lothringen war durch die in den Reichslanden fortgeltenden Bestimmungen der französischen Gesetze, welche in Durchführung des Grundsatzes der Trennung der Gewalten den ordentlichen Gerichten jede Einmischung in die Tätigkeit der Verwaltungsbehörden untersagen,

vgl. Dekret vom 16. Fructidor des Jahres III der Republik; Art. 13 Tit. II des Gesetzes vom 16./24. August 1790; vgl. auch Bornemann u. v. Daniels, Handbuch der für die preußischen Rheinprovinzen verkündeten Gesetze aus der Zeit der Fremdherrschaft Bd. 1 S. 270, Bd. 3 S. 172,

eine Beschränkung des Rechtsweges für die Fälle gegeben, wo eine Kognition über Verwaltungsakte in Frage steht. Durch die Reichsgesetzgebung der Jahre 1877/79 ist an den allgemeinen landesgesetzlichen Vorschriften über Verwaltungszuständigkeit nichts geändert worden."

Dies wird näher ausgeführt; dann fahren die Gründe fort:

„Was nun die Einwirkung des deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zu demselben auf den seitherigen Rechtszustand betrifft, so hat das Bürgerliche Gesetzbuch selbst, wie schon das Berufungsgericht anführt, eine Regelung (in den §§ 31. 89) nur für die Fälle getroffen, wo ein verfassungsmäßig berufener Vertreter für den Fiskus, die Körperschaft, auf privatrechtlichem Gebiet gehandelt hat. Hinsichtlich der Haftung des Staates, der Gemeinden und anderer Kommunalverbände für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden hat Art. 77 Einf.-Ges. zum B.G.B. die Landesgesetzgebung unberührt und dieser völlig freien Spielraum gelassen. Über die Zulässigkeit des Rechtsweges ist in den angeführten Reichsgesetzen eine Norm nicht geschaffen. Wenn sodann, wie das Berufungsgericht annimmt, gerade zu dem Zwecke der in Art. 77 Einf.-Ges. zum B.G.B. dem Landesrechte vorhaltenen Regelung nunmehr die in § 40 elsaß-lothr. Ausf.-Ges. enthaltenen Bestimmungen getroffen sind, und auch

durch diese Bestimmungen (selbst für das von ihnen umgrenzte Gebiet) an dem Grundsatze der Trennung der Gewalten keine Änderung eingetreten ist, so läßt sich der Art. 77 Einf.-Ges. zum B.G.B. für die Zulässigkeit des Rechtsweges auch nicht einmal mittelbar verwerten. Die Frage kann danach nur noch sein, ob der hier erhobene Anspruch sich nach den Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs beurteilen ließe, und ob der Richter im konkreten Falle über diesen Anspruch urteilen könnte, ohne gegen das französischrechtliche Verbot einer Prüfung von Verwaltungsakten zu verstoßen. Dabei kommt es hinsichtlich der rechtlichen Natur des Klaganspruchs nicht sowohl auf die von den Klägern angeführten Gesetzesstellen, als auf die sachliche Begründung der Klage an.

Nach der oben wiedergegebenen Klagebegründung soll die verklagte Stadtgemeinde dafür verantwortlich gemacht werden, daß die „Stadtverwaltung" die notwendigen Sicherungsmaßregeln vernachlässigt habe, welcher Vorwurf speziell dem Bürgermeister gemacht wird. Um eine lediglich auf privatrechtlichem Gebiete liegende, auch nach den Gesetzen der Reichslande der ordentlichen Gerichtsbarkeit in keiner Weise entzogene Streitsache würde es sich handeln, wenn der Schadensersatzanspruch darauf gestützt wäre, daß der verklagten Gemeinde als selbständigem Rechtssubjekt auf dem Gebiete des Privatrechts, namentlich der Vermögensverwaltung (z. B. als Eigentümerin eines Platzes, eines Weges oder Gewässers, als Inhaberin oder Unternehmerin einer dem öffentlichen Verkehr dienenden Anstalt), eine zum Schadensersatz verpflichtende Rechtsverletzung zur Last falle. Davon ist aber bei der vorliegenden Klage nirgends die Rede. Daß die verklagte Stadtgemeinde etwa Eigentümerin des Gewässers (Saarflusses) sei, ist nicht behauptet und könnte wohl auch nicht behauptet werden. Ebensowenig ist über Eigentum an dem Flußufer der betreffenden Stelle oder an dem Zugang zu der Schwemme, bezw. über die Unterhaltungspflicht hinsichtlich dieser Örtlichkeit etwas vorgebracht. Es ist nicht geltend gemacht, daß die fragliche Pferdeschwemme eine städtische, bezw. von der Stadtgemeinde zu unterhaltende Einrichtung sei; vielmehr ist . . . tatbestandlich festgestellt, daß eine solche „offizielle" Einrichtung nicht bestehe. Eine sonstige Rechtsbeziehung der verklagten Stadtgemeinde als juristischer Person zu der Schwemme ist gleichfalls nicht ersichtlich. Demnach und im Hinblick auf die von der Klage

in Bezug genommenen Verwaltungsgesetze kann die Klagebegründung nicht anders als dahin aufgefaßt werden, daß von der Stadtverwaltung, von dem zuständigen Organe derselben, dem Bürgermeister, in Ausübung der dieser Verwaltungsbehörde übertragenen polizeilichen Funktionen eine Versäumnis begangen sei, daß speziell der Bürgermeister als Organ der örtlichen Polizei die in dem Gesetze vom 16./24. August 1790 diesem Ressort zugewiesene Fürsorge für die Sicherheit des Verkehrs und die geeigneten Vorbeugungsmaßregeln, um Unglücksfällen zuvorzukommen, vernachlässigt habe. Es ist hier darauf nicht einzugehen, ob die Sorge für die Sicherung gegenüber einer im Gemeindebann gelegenen gefährlichen Stelle des öffentlichen Flusses in das Gebiet der Ortspolizei gehört, und ob der Bürgermeister die örtliche Polizeiverwaltung lediglich in staatlichem Auftrage und in der Eigenschaft eines staatlichen Organs führt; wie denn überhaupt die Frage nach der Passivlegitimation der Beklagten für die gegenwärtige Entscheidung außer Betracht bleibt. Jedenfalls aber erhellt, daß dasjenige Tun oder Unterlassen der „Stadtverwaltung", welches die Klage zum Grunde des erhobenen Schadensersatzanspruchs machen will, auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts liegt und zur Ausübung der öffentlichen Gewalt gehört. Es können daher der Beklagten gegenüber für die Zulässigkeit des Rechtweges die Bestimmungen in §§ 31. 89 B.G.B. nicht angerufen werden." ...

---

98. 1. Gibt es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche eine außervertragliche Schadensersatzpflicht auch für Unterlassungen?

2. Haftet nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche unter Umständen der Eigentümer oder Besitzer einer Sache, z. B. eines Baumes, wegen Fahrlässigkeit für Schaden, der ohne sein positives Zutun durch die Sache infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit einem anderen entsteht?

VI. Civilsenat. Urt. v. 30. Oktober 1902 i. S. Br. (Kl.) w. preuß. Domänenfiskus (Bekl.). Rep. VI. 208/02.

I. Landgericht Graudenz.
II. Oberlandesgericht Marienwerder.

Die obigen Fragen sind vom Reichsgericht bejaht worden aus den folgenden

Gründen:

„Der Kläger verlangt Ersatz des Schadens, der angeblich durch das Umfallen eines angeblich morschen, unstreitig dem Beklagten gehörenden und von ihm besessenen, auf einem angeblich dem Beklagten gehörenden öffentlichen Wege stehenden Baumes an einem an den Weg grenzenden Grundstücke, bezw. einem darauf errichteten Gebäude am 11. April 1901 verursacht worden ist. Der verklagte Fiskus ist zunächst auf Grund des ihm angeblich an dem Wege zustehenden Eigentums, bezw. der ihm obliegenden Wegebaupflicht vom Kläger für jenen Schaden verantwortlich gemacht worden, und das Berufungsgericht hat diesen Klagegrund unter Hinweis auf den § 12 preuß. A.L.R. II. 15, wonach der Fiskus für Unterlassungen seiner Beamten bei Erfüllung der Wegeunterhaltungspflicht nicht hafte, verworfen. Diesem Abweisungsgrunde würden allerdings erhebliche Bedenken entgegenstehen. Das Oberlandesgericht hat auf Grund des Zusatzes 226 des irrevisibeln ostpreußischen Provinzialrechts, welches auch im Kreise Marienwerder gilt, festgestellt, daß die hier fragliche Wegebaulast dem Beklagten als Gutsherrn oblag, und das ist nach § 562 C.P.O. auch für die Revisionsinstanz maßgebend; nun findet aber, wie der erkennende Senat laut der Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 44 S. 175 flg. ausgesprochen hat, der angeführte § 12 nur insoweit Anwendung, als der Staat als Inhaber des Landstraßenregals in Frage steht. Indessen kommt es hierauf nicht an, da der Beklagte hier gar nicht wegen mangelhafter Beschaffenheit oder Gefährlichkeit des Weges als solchen in Anspruch genommen wird, sondern sein Eigentum am Wege nur in Betracht kommen könnte, insofern sich daraus auch sein Eigentum an dem hier in Rede stehenden Baum ergeben würde. Daß aber der Baum privatrechtlich dem Beklagten gehörte, steht ohnehin fest. Es ist nun aber eben dieser Umstand gleichfalls zur Begründung des Klaganspruchs verwertet worden, unter Berufung auf die allgemeine Vorschrift des § 823 B.G.B.

In dieser Beziehung hat das Berufungsgericht gemeint, eine Haftung des Beklagten unter diesem Gesichtspunkte würde sich wohl mögen begründen lassen, wenn der § 297 A.L.R. I. 9 noch gälte; da dieser aber durch Art. 89 preuß. Ausf.-Ges. zum B.G.B. aufgehoben

sei, so gebe es keine für die Haftung des Beklagten zu verwertende Gesetzesbestimmung. Das Berufungsgericht scheint also davon auszugehen, daß der § 297 a. a. O. eine besondere nachbarrechtliche Bestimmung enthalten habe, welche nach Art. 124 Einf.-Ges. zum B.G.B. neben diesem Gesetzbuche bestehen geblieben sein würde, wenn nicht durch jenen Art. 89 Nr. 1 b der ganze erste Teil des Allgemeinen Landrechts mit gewissen Ausnahmen, unter denen jener § 297 nicht vorkommt, aufgehoben worden wäre. Dem könnte jedoch nicht beigetreten werden. Der § 297 a. a. O. sagte positiv nur, daß der Eigentümer des Baumes den durch dessen Umsturz verursachten Schaden insofern vergüten müsse, als ihm dabei eine nach den Gesetzen verantwortliche Verschuldung zur Last falle, also etwas, was sich auch ohnehin von selbst verstand; der Hauptzweck des § 297 war eben, im Gegensatze zum § 296 negativ festzustellen, daß der Eigentümer des Baumes den durch den Umsturz verursachten Schaden nicht, wie den beim nachherigen Wegschaffen des Baumes auf dem Grunde des Nachbars angerichteten, ohne weiteres vergüten müsse. Ob dem Eigentümer des Baumes „eine nach den Gesetzen verantwortliche Verschuldung" zur Last falle, das war damals ebenso lediglich nach den neben dem § 297 geltenden Gesetzesvorschriften zu beurteilen, wie darüber gegenwärtig nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche zu entscheiden ist.

Welches Ergebnis nun in dieser Hinsicht das preußische Allgemeine Landrecht, insbesondere II. I. Tit. 6 desselben, lieferte, das braucht hier nicht erörtert zu werden. Was das Bürgerliche Gesetzbuch anlangt, so ist die Annahme des Oberlandesgerichts, daß sich aus ihm keinerlei Haftung des Eigentümers oder Besitzers eines stürzenden Baumes für den durch dessen Fall verursachten Schaden ergäbe, rechtsirrig.

Allerdings ist die Anwendung des Abs. 2 des § 823 hier ausgeschlossen, weil es kein Schutzgesetz gibt, welches dem Eigentümer oder Besitzer eines anderen Gefahr drohenden Baumes in dieser Hinsicht eine Vorsorge besonders zur Pflicht machte. Aber die allgemeine Bestimmung des Abs. 1 daselbst kann hier unter Umständen eingreifen. Ein allgemeines Bedenken dagegen, auf Grund desselben eine außervertragliche Schadensersatzpflicht eventuell auch für rechtswidrige Unterlassungen eintreten zu lassen, wie es von manchen Seiten geltend gemacht ist, wäre als berechtigt nicht anzuerkennen. Zwar ist

im Gesetze nicht, wie es in § 704 Abs. 1 des ersten Entwurfs geschehen war, ausdrücklich hervorgehoben, daß die widerrechtliche Handlung ebensogut in einem Unterlassen, wie in einem Tun bestehen könne; aber daß grundsätzlich nach dem Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch eine Unterlassung möglicherweise für einen Schaden verantwortlich machen kann, ergibt sich schon eben aus dem Abs. 2 des § 823, insofern der Inhalt eines Schutzgesetzes in dem Auferlegen einer positiven Pflicht bestehen kann, wogegen dann durch eine Unterlassung verstoßen werden würde. Wenn aber eingewendet worden ist, daß begrifflich einer bloßen Unterlassung niemals eine Kausalität in Ansehung eines entstandenen Schadens zugeschrieben werden könne, so ist dagegen mit Recht schon anderweitig darauf hingewiesen worden, daß, wie es auch mit der theoretischen Berechtigung jenes Einwandes stehen möge, jedenfalls das Bürgerliche Gesetzbuch ihn grundsätzlich nicht anerkennt, wie sich aus § 1875 Abs. 1 ergibt, wo von den durch eine Unterlassung verursachten Kosten die Rede ist. Übrigens beruht der Gegensatz zwischen kausalem Tun und kausalem Unterlassen überhaupt mehr auf der Vorstellung, als auf dem objektiven Bestande der Dinge, insofern dafür der Ausgangspunkt der Vorstellung bestimmend ist. Im vorliegenden Falle z. B. könnte man das für den eingetretenen Schaden ursächliche Handeln eventuell ebensogut in dem fortgesetzten Besitze eines allmählich verfallenden Baumes, wie in der Unterlassung des rechtzeitigen Wegnehmens oder Stützens erblicken.

Es fragt sich nun aber, ob überhaupt eine Verpflichtung des Eigentümers oder Besitzers eines Baumes besteht, Sorgfalt anzuwenden, damit der Baum keinem anderen Schaden zufüge, ob nicht vielmehr jeder das Recht hat, seine Sache in dem Zustande zu belassen, in den sie ohne sein Zutun geraten ist, auch wenn sie anderen gefährlich geworden ist, nach dem Grundsatze: „Qui jure suo utitur, neminem laedit“. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht sich über diese Frage nicht ausdrücklich aus. Wollte man sich bei dieser Sachlage an die Auktorität des römischen Rechts halten, das bis zum Jahre 1900 auch in diesem Punkte das gemeine deutsche Recht war, so würde man dazu gelangen, die Frage in dem letzteren Sinne zu beantworten. Denn das römische Recht beharrte durchaus auf dem Standpunkte, daß an sich niemand zu einer positiven Handlung zu

dem Zwecke, eine schädliche Einwirkung seiner Sache auf andere Menschen oder fremde Sachen zu hindern, verpflichtet sei; was insbesondere in Beziehung auf Grundstücke darin hervortritt, daß es erst der Bestellung einer damni infecti cautio von seiten des Eigentümers oder sonstigen Berechtigten oder wenigstens des Verlangens einer solchen bedurfte, um einen Anspruch auf Ersatz des durch den fehlerhaften Zustand eines Grundstücks verursachten Schadens zu erlangen, während die actio legis Aquiliae durch solche Beschädigungen nicht begründet wurde. Nun ist aber zunächst soviel gewiß, daß das Bürgerliche Gesetzbuch an diesem Standpunkte nicht durchaus festgehalten hat; denn in Beziehung auf Gebäude und auf einem Grundstücke errichtete Werke ist in § 836 etwas damit Unvereinbares verordnet. Dies könnte freilich überhaupt eine singuläre Bestimmung gerade für diese Arten von Sachen sein, wie sie ja jedenfalls insofern singulär ist, als sie den Besitzer des schädigenden Grundstücks mit dem Beweise belastet, daß er zum Zwecke der Abwendung der Gefahr die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet habe, statt dem Beschädigten den Beweis einer Fahrlässigkeit jenes Besitzers zu überlassen. Aber es liegt kein zwingender Grund vor, hier eine über die Verteilung der Beweislast hinaus reichende Singularität zu unterstellen und somit die Anwendung des § 823 Abs. 1 B.G.B. im Falle einer Beschädigung durch andere Sachen, insbesondere durch Bäume, auch bei festzustellender Fahrlässigkeit ihres Besitzers abzulehnen. Auch daß nach § 907 Abs. 2 B.G.B. Bäume und Sträucher nicht zu den „Anlagen" im Sinne des Abs. 1 daselbst gehören, kommt hier natürlich nicht in Betracht; denn dort handelt es sich nicht um Ersatz eines durch eine gefährliche Anlage dem Nachbargrundstücke zugefügten Schadens, sondern um das Recht des Nachbareigentümers auf Ausschließung und Beseitigung gefährlicher Anlagen. Nicht einmal aus einer Bestimmung, wie sie der erste Entwurf in § 735 für Gebäude und sonstige Werke, ohne singuläre Regelung der Beweislast, aufgestellt hatte, wäre mit Notwendigkeit ein argumentum a contrario dafür zu entnehmen, daß der Besitzer einer anderen Sache, insbesondere eines Baumes, unter keinen Umständen für einen von dieser angerichteten Schaden wegen Vernachlässigung der von ihm zu erwartenden Sorgfalt haften solle; denn in jenem § 735 war die durchgreifende positive Vorschrift gegeben, daß der Besitzer des Gebäudes

oder sonstigen Werkes schlechtweg verpflichtet sein solle, für die Abwendung einer drohenden Gefahr zu sorgen, also hierauf eine besondere Aufmerksamkeit zu verwenden, somit doch immerhin eine Vorschrift singulärer Natur.

Nun hat allerdings in den Ausführungen der Motive des ersten Entwurfs zu diesem § 735 das Berufungsgericht eine besondere Grundlage für seine Auffassung der hier in Rede stehenden Rechtsfrage gefunden. In der Tat scheinen diese Motive davon auszugehen, daß der Standpunkt des römischen Rechts in dieser Materie der an sich den allgemeinen Grundsätzen entsprechende und daher auch der Auslegung des künftigen neuen Gesetzbuchs zu grunde zu legende sei. Indes ist es, abgesehen von der allgemeinen Unmaßgeblichkeit der Motive, schon überhaupt besonders bedenklich, sie für die Auslegung des Gesetzes in einer Materie zu verwerten, in deren Ansehung dieses von dem betreffenden Entwurfe so wesentlich abweichend gestaltet ist, wie hier namentlich in Beziehung auf die Beweislast. Hier kommt aber noch hinzu, daß in den fraglichen Ausführungen der Motive gewisse erhebliche Punkte unbeachtet geblieben sind. Nach römischem Rechte nämlich konnte auch wegen eines Gefahr drohenden Baumes der Nachbar eine damni infecti cautio fordern (l. 24 § 9 Dig. de damno inf. 39, 2), was nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche wegfällt, wie es auch schon nach dem ersten Entwurfe wegfallen sollte. Ferner unterlag nach römischem Rechte der auf das Nachbargrundstück gefallene Baum der Zurückbehaltung, bis der etwa angerichtete Schaden erstattet, oder wenigstens dessen Erstattung versprochen, eventuell auch verbürgt worden war (arg. l. 5 § 4 Dig. ad exh. 10, 4; l. 7 § 2. l. 9 § 3 Dig. de damno inf. 39, 2; l. 8 Dig. de incend. 47, 9); auch hiervon weiß das Bürgerliche Gesetzbuch nichts;

vgl. Kipp bei Windscheid, Pandektenrecht (8. Aufl.) Bd. 2 § 461 S. 936;

nach § 867 kann der Besitzer des Nachbargrundstücks nur Ersatz des durch die Aufsuchung und die Wegschaffung entstehenden Schadens verlangen; ähnlich auch schon § 867 Abs. 2 des ersten Entwurfs. Wenn man also im übrigen auf dem Standpunkte des römischen Rechtes verbleiben, d. h. dabei beharren wollte, daß der Eigentümer, bezw. Besitzer einer Sache völlig in seinem Rechte sei, wenn er sich um Gefahren, die anderen durch dieselbe drohen, gar nicht

kümmere, so würde der Rechtszustand nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche in dieser Materie hinter dem durch das römische Recht aufgerichteten an billiger Abwägung der in Betracht kommenden Interessen erheblich zurückstehen. Dies kann unmöglich der Sinn der neusten Rechtsbildung sein sollen, und daher verdient die Auffassung den Vorzug, daß in dieser Beziehung der § 836 keine singuläre Norm enthalte, sondern daß er insofern nur eine einzelne Anwendung eines dem einseitigen römischrechtlichen entgegengesetzten Grundsatzes darbiete, als jetzt ein jeder auch für Beschädigung durch seine Sachen insoweit aufkommen solle, als er dieselbe bei billiger Rücksichtnahme auf die Interessen des anderen hätte verhüten müssen.

Ist mithin nach dem Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs der Eigentümer, bezw. Besitzer eines Baumes verpflichtet, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt darauf zu verwenden, daß nicht andere durch die mangelhafte Beschaffenheit des Baumes Schaden erleiden, so ist freilich damit noch nicht gesagt, daß z. B. ein großer Grundbesitzer mit angemessenen Zwischenräumen von Zeit zu Zeit alle auf seinen Ländereien stehenden Bäume daraufhin untersuchen oder untersuchen lassen müßte, ob nicht vielleicht einer unter ihnen anderen Gefahr drohe; so weit reicht die im Verkehre erforderliche Sorgfalt bei weitem nicht. Andererseits wird, wenn z. B. etwa der Besitzer auf die Gefährlichkeit eines bestimmten Baumes vorher aufmerksam gemacht wäre und das unbeachtet gelassen hätte, die Sache sehr häufig so liegen, daß der sodann durch den Baum angerichtete Schaden auf die Fahrlässigkeit des Besitzers als seine Ursache zurückzuführen ist. Es ist eben der einzelne Fall daraufhin zu prüfen, ob nach dem Maße dessen, was man im menschlichen Verkehr billigerweise an gegenseitiger Rücksichtnahme verlangen kann, dem Besitzer des Baumes ein begründeter Vorwurf zu machen ist." . . .

---

99. 1. Ist Schiff- und Flößbarkeit ein Begriffsmerkmal des öffentlichen Flusses?

2. Ist das Recht des Anliegers eines öffentlichen Flusses zur Ableitung von Abwässern und Abwurfstoffen in diesen ein Privat- oder ein aus dem Gemeingebrauche fließendes Recht?

3. Besteht die Verpflichtung einer Ortsgemeinde, bei der Durchführung der Entwässerungsanlagen einer Kanalisation die Grundeigentümer für die dadurch bedingte Aufhebung ihrer bisherigen Befugnis zur unmittelbaren Ableitung ihrer Abwässer und Abwurfstoffe in einen öffentlichen Fluß zu entschädigen?

L. 1 § 3 Dig. de flum. 43, 12.

III. Civilsenat. Urt. v. 28. Oktober 1902 i. S. K. (Kl.) w. Stadtgem. H. (Bekl.). Rep. III. 270/02.

I. Landgericht Hannover.
II. Oberlandesgericht Celle.

Der Kläger war eingetragener Eigentümer des in der Langen Straße Nr. 32 in H. an der L. belegenen Hausgrundstücks. Von diesem hatte er seit einer Reihe von Jahren die Abwurfstoffe und die Hausabwässer in die L. geleitet. Ursprünglich war an dem Hinterhause ein Überbau über der L. angebracht, in welchem sich der Abort befand. Später mußten infolge einer Polizeiverordnung die Aborte in die Häuser selbst verlegt werden, und seitdem flossen die Abwurfstoffe durch einen unterirdischen Kanal in die L. Am 17. Januar 1893 erließ die Königliche Polizeidirektion dort im Einverständnisse mit dem Magistrat eine Polizeiverordnung, nach der alle bebauten Grundstücke, die an öffentlichen, mit unterirdischen Entwässerungsanlagen der neuen Kanalisation versehenen Straßen und Plätzen belegen sind, behufs ihrer Entwässerung zu der vom Magistrate öffentlich bekannt zu machenden Zeit durch ein oder mehrere besondere Hausableitungsrohre an den Straßenkanal angeschlossen und durch diese Rohre der Regel nach alle Abwässer von jenen Grundstücken abgeleitet werden müssen. In den Ausführungsvorschriften des Magistrats vom 4. Februar 1893 wurde weiter bestimmt, daß innerhalb sechs Wochen nach jener öffentlichen Bekanntmachung die dadurch betroffenen Grundeigentümer zur Vorbereitung der Anlage Zeichnungen eines Entwässerungsentwurfs mit dem Antrage auf Genehmigung einzureichen hätten. Einer dem entsprechenden noch besonders an den Kläger am 31. Juli 1899 vom Magistrate gerichteten Aufforderung leistete jener keine Folge, sondern focht sie im Verwaltungsstreitverfahren an. In diesem machte er geltend, es stehe ihm ein unentziehbares Recht darauf, die Abwurf-

stoffe und Abwässer unmittelbar in die L. zu leiten, zu und der Magistrat bestritt dort dieses Recht ausdrücklich. Er erhob deshalb Klage dahin, festzustellen, daß ihm als Eigentümer seines Grundstücks das Recht zustehe, die Abwässer und Abwurfstoffe daraus der L. unmittelbar zuzuführen, und daß Beklagte verpflichtet sei, im Falle einer Aufhebung dieses Rechts durch zwangsweisen Anschluß des Hauses an die städtische Kanalisation ihn zu entschädigen.

Er behauptete, von seinem Grundstücke seien ebenso wie von einer großen Anzahl anderer an der L. belegenen die Abwurfstoffe seit unvordenklicher Zeit der L. zugeführt, und die Anlieger alle hätten ein Recht dazu durch ordentliche oder außerordentliche, ja selbst durch unvordenkliche Verjährung erworben. Er wollte seine Absicht, ein Sonderrecht auszuüben, schon aus dem Bestehen jener besonderen Vorrichtungen gefolgert wissen, die zur Abführung der Abwässer und Abwurfstoffe in seinem Hause angelegt seien. Außerdem behauptete er unter Berufung auf eine Reihe von Zeugen, es sei unter den vielen Anwohnern an der Langen Straße, bei denen die Verhältnisse ebenso gelegen hätten wie bei ihm, seit alten Zeiten davon gesprochen worden, daß es sich bei ihnen und insbesondere bei ihm, Kläger, bei jener Ableitung in die L. um die Ausübung eines besonderen Rechts handele. In zweiter Reihe meinte er, daß sich sein Ableitungsrecht auch aus seinem Eigentume an dem Flußbette und den Ufern ergebe. Die L. sei an jener Stelle kein schiffbarer, also auch kein öffentlicher Fluß.

Die Beklagte bestritt, daß der Kläger ein Sonderrecht zur Ableitung der Abwässer und Abwurfstoffe von seinem Grundstücke in die L. erworben habe, und behauptete, daß es sich dabei nur um die Ausübung des Gemeingebrauches an dem öffentlichen Flusse der L. gehandelt habe.

Beide Instanzgerichte wiesen die Klage ab.

Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, daß die L. bei H. als öffentlicher Fluß anzusehen sei, weil sie zu den größeren, dauernd fließenden Gewässern gehöre. Übrigens sei unbedenklich anzunehmen — so führt es weiter aus —, daß sie dort auch die zu Schifferei und Flößerei nötige Breite habe. An öffentlichen Sachen aber könnten

private Nutzungsrechte nur durch eine Handlung der Staatsgewalt oder durch unvordenkliche Verjährung erworben werden. Eine Handlung der Staatsgewalt als Grund seines Rechtserwerbs habe der Kläger selbst nicht behauptet. Es könne aber auch unerörtert bleiben, ob die besonderen Voraussetzungen des Rechtserwerbs durch unvordenkliche Verjährung gegeben seien, da der Kläger jedenfalls kein privates Nutzungsrecht erworben habe; denn das von ihm nach seiner Meinung als ein solches ausgeübte Recht stelle sich lediglich als ein Recht aus dem Gemeingebrauche dar, und er habe keine Momente angeführt, die sein Recht als über das aus dem Gemeingebrauche hinausgehend erkennen ließen. Dann müsse er sich aber auch gefallen lassen, daß der Gemeingebrauch von zuständiger Seite neu geregelt werde. Aber auch ein Schadensersatzanspruch werde durch die Neuregelung in Fällen wie in dem vorliegenden nicht begründet. Wolle man auch die Veränderungen, welche die Beklagte hier vornehmen wolle, als Änderungen am Flusse auffassen und, trotz mangelnder positiver Bestimmungen des gemeinen Rechts, einem Zuge der Rechtsentwickelung folgend, annehmen, daß eine Entschädigungspflicht unter Umständen eintreten könne, so sei doch das Recht auf die Entschädigung dem von dem Reichsgerichte in den Entsch. in Civils. Bd. 37 S. 256 ausgesprochenen Grundsatze gemäß durch die Zweckbestimmung der dem öffentlichen Gebrauche dienenden Sache dergestalt bedingt und begrenzt, daß der einzelne sich, ohne einen Entschädigungsanspruch zu erwerben, alle Veränderungen gefallen lassen müsse, die nur dazu dienten, sie in dem Zustande zu erhalten oder in den Zustand zu versetzen, in welchem sie ihrer Bestimmung am vollkommensten genügen könne. Daß dies aber hier in Ansehung der beabsichtigten Maßnahme der Fall sei, habe der Kläger selbst nicht bestritten, trete aber auch klar zu Tage.

Die gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts erhobenen Angriffe sind nicht begründet.

1. Die Annahme des Berufungsurteils, daß die L. bei H. ein öffentlicher Fluß sei, ist nicht zu beanstanden. Die überwiegende Ansicht in der Wissenschaft des gemeinen Rechts geht dahin, daß öffentliche Flüsse solche sind, die beständig fließen — Publicum flumen Cassius definit, quod perenne est — l. 1 § 3 Dig. de flum. 43, 12 —, und daß ein deutsches Gewohnheitsrecht, das den Begriff dahin ein-

schränkte, daß nur die schiff- und flößbaren Flüsse zu den öffentlichen gehörten, nicht nachweisbar sei.

Vgl. namentlich Hesse in Iherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 7 S. 191 flg.

Regelsberger, Pandekten Bd. 1 § 117, faßt den Stand des gemeinen Rechts zutreffend dahin zusammen, daß gegenüber der deutschrechtlichen Auffassung, die an den Satz des Sachsenspiegels anknüpfte: „Svelk water strames flüt, dat is gemene to varene to vischene inne“ in der gemeinrechtlichen Theorie an dem römischen Standpunkte festgehalten, aber der deutschrechtlichen Ansicht insoweit Anerkennung gezollt sei, daß ständige Flüsse, die weder schiff- noch flößbar seien, im Sonderrechte stehen könnten, daß dafür aber keine Vermutung streite. Der entgegengesetzten, ohne nähere Begründung aufgestellten Ansicht Dernburgs in seinen Pandekten Bd. 1 § 73 Nr. 1, auf die sich die Revision beruft, kann nicht beigetreten werden. Es braucht deshalb nicht darauf eingegangen zu werden, daß auch der vom Berufungsgerichte in zweiter Reihe gegebene Grund, daß die L. bei H. die zur Schifferei und Flößerei nötige Breite und Tiefe habe, die Entscheidung tragen würde.

2. Bei ihrer ferneren Rüge, daß die Vorinstanzen zu Unrecht den Beweis, den Kläger für die Erwerbung seines besonderen Rechts zur Ableitung der Abwässer und Abwurfstoffe von seinem Grundstücke in die L. durch unvordenkliche Verjährung angetreten habe, nicht erhoben hätten, geht die Revision von dem Satze aus, es bestehe nicht nur kein Recht des Gemeingebrauchs, sondern es sei im allgemeinen verboten, solche Stoffe aus den Aborten den öffentlichen Flüssen zuzuführen. Auf dieser Grundlage führt sie dann aus, das von dem Kläger in Anspruch genommene Recht könne überhaupt nur ein Privatrecht sein. Dieser Angriff scheitert schon daran, daß die Richtigkeit des Satzes, von dem die Revision ausgeht, nicht anzuerkennen ist. Welche Vorschriften des positiven Rechts es allgemein verbieten, Stoffe jener Art aus den Aborten in die öffentlichen Flüsse zu leiten, hat die Revision nicht angegeben. Es bestehen auch in Wirklichkeit bisher solche nicht. Nur die neuere Hygiene strebt danach, eine solche Ableitung wenigstens in sehr großen Städten zu verhindern und die Stoffe durch Kanäle ohne Berührung der öffentlichen Flüsse an entfernteren Stellen der Erde zuzuführen, und

dementsprechend sind in den betreffenden Städten diesen Gegenstand regelnde Ortspolizeiverordnungen erlassen. Wie wenig übrigens gerade im vorliegenden Falle beabsichtigt worden ist, die L. überhaupt von den Abwässern und Abfallstoffen aus den Aborten frei zu halten, ergibt sich aus der in dem Tatbestande des ersten Urteils mitgeteilten eigenen Ausführung des Klägers, die Beklagte habe auch gar kein gesundheitliches Interesse daran, daß jene Stoffe nicht, wie bisher, unmittelbar, sondern nur in einem Bogen durch die städtische Kanalisation wieder in die L. geleitet würden. Im übrigen hat das Berufungsgericht jenen vom Kläger angetretenen Beweis deshalb mit Recht unerhoben gelassen, weil die irrige Meinung der Anlieger über die Natur des von ihnen ausgeübten Rechts an dem objektiven Stande der Sache, wonach sie in Wirklichkeit nur ein aus dem Gemeingebrauche fließendes Recht ausgeübt, nichts hätte ändern können.

3. Auch die Entschädigungspflicht der Beklagten ist mit Recht verneint worden. Allerdings hat das Reichsgericht für das preußische und das französische Recht in ständiger Rechtsprechung angenommen, daß dem Anlieger an einer öffentlichen Straße ein Privatrecht auf deren Benutzung dergestalt zustehe, daß es im allgemeinen nur gegen Entschädigung im öffentlichen Interesse aufgehoben oder geschmälert werden könne.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 10 S. 271, Bd. 25 S. 244, Bd. 37 S. 252.

Allein dieses Recht ist dort ausdrücklich abgeleitet aus einem zwischen dem Anlieger und der Ortsgemeinde als Eigentümerin der Straße bei der Bebauung stillschweigend abgeschlossenen Vertrage. Von einem solchen kann aber in Fällen wie den vorliegenden gar nicht die Rede sein, weil hier die Möglichkeit der Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung, wie sie die Anlegung einer Straße durch die Gemeinde zur Benutzung durch Anlieger einerseits und die Bebauung der Grundstücke längs der Straße mit Häusern durch die Anlieger andererseits nach jenen Urteilen enthält, völlig wegfällt. Daß ein öffentlicher Fluß an einem städtischen Grundstücke vorüberfließt, ist vielmehr lediglich ein tatsächlicher Zustand, aus dem der Anlieger Privatrechte gegenüber der Stadtgemeinde nicht ableiten kann. Es braucht deshalb nicht weiter erörtert zu werden, daß die Recht-

sprechung des Reichsgerichts einen dem vorher bezeichneten gleichen Grundsatz für das gemeine Recht überhaupt nicht anerkannt hat.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 3 S. 171, Bd. 6 S. 159, Bd. 7 S. 172.

Ebensowenig bedarf es eines Eingehens darauf, daß, wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, auch abgesehen hiervon jedenfalls die in dem Urteile des II. Civilsenats vom 28. März 1896 (Entsch. a. a. O. Bd. 37 S. 252) ausgesprochene Beschränkung jener grundsätzlich anerkannten Entschädigungspflicht der Ortsgemeinde einen Schadensersatzanspruch im vorliegenden Falle ausschließen würde."

---

100. 1. Kann dann, wenn ein Inbegriff von Sachen, insbesondere ein Warenlager, sich im unmittelbaren Besitze eines Dritten befindet, bezüglich eines realen Teils desselben durch eine von dem Eigentümer über eine gewisse, individuell nicht bestimmte Menge der Sachen getroffene Verfügung:

a) das Eigentum gemäß § 931 B.G.B. übertragen oder
b) ein Pfandrecht gemäß § 1205 Abs. 2 B.G.B. oder gemäß § 40 K.O. a. F. und § 14 Abs. 1 Einf.-Ges. zur K.O. a. F. oder
c) ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht im Sinne des § 369 H.G.B. n. F. oder des Art. 313 H.G.B. a. F.

begründet werden, oder bedarf es hierzu einer individuellen Bestimmung derjenigen Bestandteile der Sachgesamtheit, an welchen das Eigentum oder der Besitz übertragen oder der Besitz bezw. Gewahrsam des Gläubigers begründet werden soll?

2. Ist die Frage der Gültigkeit und konkursrechtlichen Wirksamkeit einer vor dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Rechtshandlung für ein nach diesem Zeitpunkte eröffnetes Konkursverfahren nach altem oder nach neuem Rechte zu beurteilen?

K.O. a. F. § 40.
Einf.-Ges. zur K.O. a. F. § 14.
K.O. n. F. § 48.
Einf.-Ges. zur K.O. n. F. vom 17. Mai 1898 Art. II Ziff. 4, Art. VI.

II. Civilsenat. Urt. v. 28. Oktober 1902 i. S. Kommerzbank u. Gen. (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. II. 193/02.

I. Landgericht Lübeck.
II. Oberlandesgericht Hamburg.

Die vier beklagten Banken schlossen, und zwar jede für sich allein, in den Jahren 1899 und 1900 mit dem Kaufmann B. zu L. Kreditgeschäfte ab. Behufs Sicherung der den Beklagten hieraus gegen B. entstehenden Forderungen wurde von diesem bei jedem dieser Geschäfte eine Anzahl von Tonnen Teer, die zu seinem auf dem Teerhofe der Stadt L. im Gewahrsam des städtischen Teerhofverwalters befindlichen und Teer von sehr verschiedenem Werte enthaltenden Teerlager gehörten, der betreffenden Gläubigerin lombardiert. Dieses geschah in der Weise, daß B. den Teerhofverwalter ersuchte, eine Anzahl von Tonnen Teer, ohne nähere Bezeichnung derselben, zur Verfügung der betreffenden Gläubigerin zu halten und ihm zu bestätigen, daß er davon Notiz genommen habe und demgemäß verfahren werde. Nur auf das im Oktober 1900 von B. mit dem beklagten Vorschuß- und Sparverein abgeschlossene Kreditgeschäft hin benachrichtigte B. den Teerhofverwalter außerdem, daß eine gewisse Anzahl von Tonnen Teer von seinem Teerlager in das Eigentum dieser Beklagten übergegangen sei. Auf jede dieser Weisungen hin sandte der Teerhofverwalter eine entsprechende Bestätigung an B. zurück, die dieser der betreffenden Gläubigerin aushändigte. Im übrigen beschränkte sich der Teerhofverwalter im wesentlichen darauf, diese einzelnen von B. über sein Teerlager getroffenen Verfügungen zu notieren. Namentlich fand weder eine Aussonderung noch eine individuelle Bezeichnung der den einzelnen Beklagten lombardierten Tonnen Teer statt. Nachdem über das Vermögen des B. das Konkursverfahren eröffnet worden war, verständigten sich der Konkursverwalter und die vier Beklagten dahin, daß dem ersteren die Verfügung über das Teerlager des B. überlassen wurde gegen die Verpflichtung seinerseits, den Erlös desselben mit der Bestimmung zu hinterlegen, daß er über das hinterlegte Geld nur mit Zustimmung der Beklagten verfügen könne. Demgemäß wurde das Teerlager veräußert und der Erlös hinterlegt. Daraufhin erhob der Konkursverwalter auf Grund dieser Tatsachen und unter der weiteren Behauptung, daß die Verfügungen des B.

über sein Teerlager ungültig seien, gegen die vier Beklagten Klage mit dem Antrage auf Verurteilung derselben, in die Verfügung des Klägers über den hinterlegten Erlös des Teerlagers einzuwilligen. Die Beklagten bestritten ihre Verpflichtung hierzu, indem sie ein Pfandrecht, eventuell ein kaufmännisches Zurückbehaltungsrecht an den den Verfügungen des B. entsprechenden Quoten des Teerlagers, der beklagte Vorschuß- und Sparverein überdies und zwar in erster Reihe fiduziarisches Eigentum daran, in Anspruch nahmen. Die Klage wurde in beiden Instanzen zugesprochen und die gegen das Urteil des Berufungsgerichts von den Beklagten eingelegte Revision zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht hat die von den Beklagten behaupteten Rechte an dem Teerlager des B. und an dem hierfür erzielten und hinterlegten Erlöse, insbesondere das von dem Vorschuß- und Sparverein behauptete fiduziarische Eigentum und die von sämtlichen Beklagten geltend gemachten Pfandrechte und kaufmännischen Zurückbehaltungsrechte an den ihnen von B. zur Sicherheit für ihre Forderungen überwiesenen Quantitäten Teer im wesentlichen deshalb verneint, weil es zur Übertragung des Eigentums und zur wirksamen Begründung der streitigen Pfand- und Zurückbehaltungsrechte der Übertragung des Besitzes an individuell bestimmten Quantitäten des Teerlagers bedurft, eine solche Besitzübertragung aber nicht stattgefunden habe, indem die Quantitäten Teer, welche den einzelnen Beklagten als Sicherheit dienen sollten, nicht „konkretisiert", d. h. nicht individuell bestimmt worden seien.

Die Revisionskläger haben zunächst gerügt, daß diese Begründung des Berufungsurteils gegen die Vorschriften der §§ 931 und 1205 Abs. 2 B.G.B. verstoße, und hierzu ausgeführt: Nach diesen Vorschriften habe die Übertragung des Besitzes des gesamten Teerlagers an einen Dritten, — sei es zu Eigentum, sei es zur Begründung eines Pfandrechts, — durch B. mittels Abtretung des ihm gegenüber der Verwaltung des Teerhofes zustehenden Anspruchs auf Herausgabe des Teers bewirkt werden können. B. habe diese Besitzübertragung aber auch an einem Teile seines Teerlagers durch Angabe der betreffenden Anzahl von Tonnen vollziehen können, zumal da es sich hierbei um vertretbare Sachen gehandelt habe. Die entgegengesetzte

Annahme des Berufungsgerichts beruhe hauptsächlich auf der zwar nur vom Landgerichte ausgesprochenen, aber auch vom Berufungsgerichte stillschweigend gebilligten, gegen die Vorschriften der §§ 931 und 1205 Abs. 2 B.G.B. verstoßenden Ansicht, daß zur wirksamen Verpfändung beweglicher Sachen erforderlich sei, die Verpfändung müsse durch Aussonderung oder körperliche Bezeichnung der betreffenden Sachen zur öffentlichen Kenntnis gebracht werden.

Diese Beschwerde erscheint als unbegründet.

Was die bei derselben zunächst in Betracht kommenden Verpfändungen aus dem Jahre 1900 betrifft, auf welche die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs anwendbar sind, so ist nach § 1205 Abs. 1 zur Bestellung eines Pfandrechts an beweglichen Sachen erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Gläubiger übergibt und beide darüber einig sind, es solle dem Gläubiger das Pfandrecht zustehen, und nach Abs. 2 daselbst kann die Übergabe einer im mittelbaren Besitze des Eigentümers befindlichen Sache dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer den mittelbaren Besitz auf den Pfandgläubiger überträgt und die Verpfändung dem Besitzer anzeigt. Im gegenwärtigen Rechtsstreite steht namentlich die Anwendung der letzteren Bestimmung in Frage, da nach der Feststellung des Berufungsgerichts das Teerlager des B., welches nach der unbestrittenen Absicht der Vertragsparteien zum Teil den Beklagten als Sicherheit für ihre Forderungen dienen sollte, zur Zeit der betreffenden Rechtsgeschäfte und bis nach Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des B. sich im unmittelbaren Besitze des Verwalters des L.er Teerhofs befand, der dasselbe für B. als mittelbaren Besitzer im Gewahrsam hatte. Das Berufungsgericht hat nun das Vorliegen der in § 1205 a. a. O. bestimmten Voraussetzungen für die Begründung der streitigen Pfandrechte festgestellt mit Ausnahme des Erfordernisses der Übertragung des dem B. an den fraglichen Waren zustehenden mittelbaren Besitzes auf die einzelnen Beklagten. Das Vorhandensein der letzteren Voraussetzung hat es dagegen verneint unter der Begründung, daß es an einer „Konkretisierung" derjenigen Waren gefehlt habe, hinsichtlich welcher die Bestellung eines Pfandrechts stattfinden sollte. Dieses erscheint nicht als rechtsirrtümlich. Der hierbei in Frage kommende „Besitz" körperlicher Sachen im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs setzt nämlich, wie schon nach dem früher in Deutschland geltenden Rechte,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 13 S. 120 flg., Bd. 18 S. 353, Bd. 19 S. 26 flg., Bd. 35 S. 270 flg., Bd. 37 S. 34,

die tatsächliche Gewalt über die betreffenden Sachen voraus (vgl. §§ 854. 856 B.G.B.). Eine solche tatsächliche Gewalt kann aber nur an individuell bestimmten Sachen unmittelbar ausgeübt werden. Solange eine oder mehrere Sachen einen Bestandteil einer Sachgesamtheit (d. h. einer Mehrheit einzelner Sachen, die im Verkehr als selbständige Sachen behandelt werden, die aber durch einen gemeinsamen Zweck zu einem Ganzen verbunden sind), z. B. eines Warenlagers, bilden, erstreckt sich die tatsächliche Gewalt über die Sachgesamtheit, welche Gewalt ja rechtlich nur an den dazu gehörenden körperlichen Gegenständen besteht (§ 90 B.G.B.), ohne weiteres auf die letzteren. Wenn aber bezüglich einer oder mehrerer der zu einer Sachgesamtheit gehörigen einzelnen Sachen ein besonderes, von dem Besitze der Gesamtheit verschiedenes Besitzverhältnis begründet werden soll, müssen diese Sachen nicht bloß der Menge oder Anzahl nach, sondern auch individuell wenigstens insoweit bestimmt werden, daß der neue Besitzer derselben unmittelbar, d. h. ohne daß es hierzu noch einer weiteren Bezeichnung oder Aussonderung derselben bedürfte, seine tatsächliche Gewalt gerade über sie — (im Gegensatz zu den anderen, zur nämlichen Sachgesamtheit gehörenden Sachen) — ausüben kann; denn solange er hierzu nicht in den Stand gesetzt ist, hat er in Wirklichkeit die unmittelbare tatsächliche Gewalt über die betreffenden Sachen und überhaupt über irgend einen Bestandteil der Sachgesamtheit noch nicht. Diese Grundsätze, — für welche sich schon im römischen Rechte (vgl. l. 3 § 2. l. 26 Dig. de acquir. poss. 41, 2, l. 30 § 2, l. 32 § 2 Dig. de usurp. 41, 3) und auch in der Theorie und Praxis des gemeinen und preußischen Rechts,

vgl. v. Savigny, Recht des Besitzes 7. Aufl. § 18 S. 236. § 20 S. 247. § 22 S. 260; v. Wächter, Erörterungen Bd. 1 S. 19 flg.; Gruchot in seinen Beiträgen Bd. 4 S. 455 flg. und S. 466 flg.; Entsch. des preußischen Obertribunals Bd. 9 S. 186 und Urt. des R.G.'s vom 13. Oktober 1881, Gruchots Beiträge Bd. 26 S. 933 flg.,

Anhaltspunkte finden, — ergeben sich auch für das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs unmittelbar aus den erwähnten Vorschriften der §§ 854 und 856, wonach der Besitz einer Sache durch Erlangung

der tatsächlichen Gewalt über sie erworben und durch Aufgeben oder anderweiten Verlust der tatsächlichen Gewalt über sie beendigt wird, in Verbindung mit § 90 B.G.B., wonach Sachen im Sinne dieses Gesetzes nur körperliche Gegenstände sind. Aus diesen Vorschriften ist nämlich zu schließen, daß der Gesetzgeber bei seinen den Besitz von beweglichen Sachen und namentlich die Übertragung eines solchen Besitzes betreffenden Bestimmungen auch nur körperlich und somit individuell bestimmte Gegenstände im Auge gehabt hat, über welche allein ja auch eine tatsächliche Gewalt im Sinne des Gesetzes ausgeübt werden kann.

Nach den oben entwickelten Grundsätzen ist also für die Übertragung des Besitzes an einzelnen Bestandteilen einer Sachgesamtheit (im Gegensatz zu ideellen Anteilen an einer solchen) erforderlich, daß eine tatsächliche Gewalt des neuen Besitzers gerade an einzelnen individuell zu bestimmenden Gegenständen der Gesamtheit begründet wird. Dies gilt insbesondere auch von dem Falle des § 1205 Abs. 2 B.G.B. Zwar kann in einem solchen Falle der unmittelbare Besitz des den mittelbaren Besitzer Vertretenden an sich äußerlich unverändert fortbestehen. Aber an die Stelle des mittelbaren Besitzes des Eigentümers muß, sofern die Verpfändung wirksam werden soll, der mittelbare Besitz des Pfandgläubigers treten, was nach obigen Erörterungen in dem unterstellten Falle nur bezüglich individuell bestimmter Sachen möglich ist; denn so lange eine individuelle Bestimmung der der Gewalt des Pfandgläubigers zu unterwerfenden Bestandteile der Sachgesamtheit nicht erfolgt ist, ist jedenfalls dieser nicht in der Lage, die aus dem mittelbaren Besitze sich ergebenden Rechte (§§ 859 flg. B.G.B.) über irgend eine zu der Sachgesamtheit gehörende Sache auszuüben. Die Bezeichnung der zu verpfändenden Gegenstände lediglich der Zahl oder Menge nach ist daher zur Übertragung des mittelbaren Besitzes auf den Pfandgläubiger jedenfalls dann nicht geeignet, wenn auch in der Folge die Pfandobjekte nicht individuell bestimmt werden, wie dies nach den von dem Berufungsgerichte getroffenen Feststellungen bei allen hier in Rede stehenden Verpfändungen zutrifft. (Die weitere Frage, ob es einer solchen individuellen Bestimmung der Pfandobjekte auch für die in § 1205 Abs. 1 B.G.B. vorgeschriebene Einigung der Parteien und für die in § 1205 Abs. 2 daselbst vorgesehene Anzeige der Verpfändung

an den unmittelbaren Besitzer bedarf, kann daher dahingestellt bleiben.) Hiernach ist auch für die im gegebenen Falle entscheidende Frage, ob der mittelbare Besitz von Bestandteilen des Warenlagers des B. in Wirklichkeit auf die Beklagten übergegangen ist, der von den letzteren hervorgehobene Umstand unerheblich, daß B. allerdings berechtigt war, einen solchen Besitz zu übertragen.

Die obigen Grundsätze sind aber sowohl auf vertretbare als auch auf nicht vertretbare Sachen in gleicher Weise anwendbar, da das Gesetz in dieser Hinsicht keinen Unterschied macht und der Grund desselben, die Rücksicht auf die Rechtssicherheit des Verkehrs, auch bei vertretbaren Sachen zutrifft, namentlich wenn es sich, wie im gegebenen Falle, um ein Warenlager mit Bestandteilen von sehr verschiedenem Werte handelt.

Es ist aber nicht erfindlich, daß das Berufungsgericht bei der Aufstellung des Erfordernisses, daß die zu verpfändenden Sachen „konkretisiert" sein müßten, von einer anderen als der oben dargelegten Rechtsansicht ausgegangen ist, daß es sich namentlich hierbei von dem in dem landgerichtlichen Urteil betonten, von den Revisionsklägern besonders beanstandeten rechtlichen Gesichtspunkte, daß die Pfandbestellungen an beweglichen Sachen äußerlich erkennbar hervortreten müssen, hat bestimmen lassen, da dieser Gesichtspunkt weder von dem Berufungsgerichte selbst erwähnt noch auch, soweit ersichtlich, mittelbar von ihm gebilligt worden ist. Es erübrigt sich daher ein Eingehen auf die hervorgehobene Erwägung des Landgerichts, namentlich auf die Frage, inwiefern der erwähnte Gesichtspunkt auch in den hier in Rede stehenden Fällen des § 1205 Abs. 2 a. a. O. zutrifft.

Ebenso kann das von den Revisionsklägern angeführte Urteil des IV. Senats des Reichsgerichts vom 19. April 1888 (Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 21 S. 33 flg.) hierbei nicht in Betracht kommen, da dasselbe eine ganz andere Frage betrifft und da daraus auch nicht zu ersehen ist, daß dieser Senat bezüglich der im gegenwärtigen Falle entscheidenden Frage des Übergangs des Besitzes von einer anderen Rechtsansicht als der oben dargelegten ausgegangen ist.

Was das im November 1899 zwischen der M. Sparbank und B. abgeschlossene Rechtsgeschäft betrifft, so sind auf dasselbe nicht die seither erörterten Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, sondern

§ 40 K.O. a. F. und § 14 Einf.-Ges. zur K.O. vom 10. Februar 1877 anwendbar, unter deren Herrschaft dieses Geschäft zustande gekommen ist, und welche auch für die Frage der Wirksamkeit desselben in dem am 1. Dezember 1900 eröffneten Konkurse über das Vermögen des B. maßgebend sein müssen; denn wenn auch seit dem 1. Januar 1900 § 40 a. a. O. durch § 48 K.O. n. F. ersetzt und § 14 a. a. O. durch Art. II Ziff. 4 Einf.-Ges. zu dem Gesetze, betr. Änderungen der Konkursordnung vom 17. Mai 1898 aufgehoben ist, so ist doch durch Art. VI des letzteren Einführungsgesetzes weiter bestimmt, daß auch in einem nach dem 1. Januar 1900 eröffneten Konkursverfahren, soweit für ein Rechtsverhältnis die Vorschriften des bisherigen bürgerlichen Rechts maßgebend sind, für das Rechtsverhältnis auch die Vorschriften des bisherigen Konkursrechts maßgebend bleiben. Die erstere Voraussetzung trifft aber bei dem hier in Rede stehenden Rechtsgeschäfte vom November 1899 zu, auf welches, soweit es obligatorischen Inhalt hat, Art. 170 Einf.-Ges. zum B.G.B. anwendbar ist und dessen etwaige dingliche Wirkungen, namentlich was den Inhalt und den Rang des dabei in Frage kommenden dinglichen Rechts betrifft, nach Art. 184 desselben Einführungsgesetzes ebenfalls nach den zur Zeit des Abschlusses des Geschäfts geltenden Gesetzen zu bestimmen ist. Hiernach ist die Frage der Gültigkeit des im November 1899 zwischen B. und der Sparbank abgeschlossenen Rechtsgeschäfts und der Wirksamkeit desselben im Konkurse des B. zunächst nach § 14 a. a. O. zu beurteilen, welcher die Voraussetzungen, unter denen ein Pfandrecht an beweglichen körperlichen Sachen im Konkursverfahren geltend gemacht werden kann, bestimmt hat, so daß etwaige abweichende landesgesetzliche Vorschriften dieser reichsgesetzlichen Bestimmung gegenüber nicht maßgebend sein und daher hier außer Betracht bleiben können. Es ist aber auf Grund der Ausführung des Berufungsurteils, betreffend die Anwendbarkeit des *älteren* Rechts auf das hier in Rede stehende Rechtsgeschäft, anzunehmen, daß das Berufungsgericht mit seiner Hervorhebung der mangelnden Konkretisierung der fraglichen Waren zugleich mit Bezug auf dieses Geschäft hat aussprechen wollen, daß aus diesem Grunde weder die Sparbank noch der Teerhofsverwalter *für sie* den Gewahrsam der der ersteren damals durch B. überwiesenen Tonnen Teer erlangt hat, und daß es somit im Anschluß an die herrschende Rechtsprechung,

vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 19 S. 26 flg., Bd. 37 S. 34, Bd. 43 S. 72,

auf Grund der Vorschrift des § 14 Abs. 1 a. a. O. die Wirksamkeit des fraglichen Pfandrechts verneint hat. Nach dieser Vorschrift bestehen aber Faustpfandrechte im Sinne des § 40 K.O. an beweglichen körperlichen Sachen in der Regel nur dann, wenn der Pfandgläubiger oder ein Dritter für ihn den Gewahrsam der Sachen erlangt und behalten hat. (Einer der im § 14 Abs. 2 des angeführten Einführungsgesetzes vorgesehenen Ausnahmefälle, insbesondere die Übergabe eines Lagerscheins an die Gläubigerin, steht hier nicht in Frage.) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts und nach den obigen, die Erfordernisse des Besitzes auch nach dem früheren Rechte darlegenden Erörterungen hat aber weder die Sparbank selbst noch der Teerhofverwalter für sie den Gewahrsam (im Sinne des § 14 a. a. O.) der zur Sicherheit für die erstere bestimmten 1500 Tonnen Teer erlangt, indem der Satz, daß nur an individuell bestimmten Sachen ein Besitz begründet oder übertragen werden kann, auch als für den „Gewahrsam" zutreffend zu erachten ist; denn auch der Gewahrsam des früheren Rechts erfordert zu seiner Begründung die Erlangung der tatsächlichen Gewalt über die betreffenden Sachen. Wenn aber ein Dritter, der seither schon eine Quantität beweglicher Sachen für den Eigentümer im Gewahrsam gehabt hat, nunmehr einen Teil derselben für einen Pfandgläubiger in Gewahrsam nehmen oder für diesen den Gewahrsam an einem solchen Teile ausüben soll, so muß er mindestens den Willen haben, einen individuell bestimmten Teil derselben für den Gläubiger zu verwahren; denn in Ermangelung eines solchen Willens besteht eine für den Gläubiger ausgeübte tatsächliche Herrschaft bezüglich keines Teils der Sachen. Der Gläubiger ist tatsächlich nicht in der Lage, auf Grund des von dem Dritten ausgeübten Gewahrsams über irgend eine der betreffenden Sachen zu verfügen. Diese aus der Vorschrift des § 14 a. a. O. selbst hergeleitete Bedeutung des Willens des Vertreters entspricht aber auch dem für die Auslegung dieser Vorschrift heranzuziehenden gemeinen Rechte, wonach der Besitzwille des den eigentlichen Besitzer Vertretenden ein selbständiges Erfordernis für die Begründung des Besitzes des Vertretenen ist.

Vgl. Windscheid, Pandekten Bd. 1 § 155 S. 508. 512. 513.

Das Vorhandensein eines solchen Willens auf Seiten des Teerhofverwalters, nämlich individuell bestimmte 1500 Tonnen Teer von dem damals eine weit größere Zahl solcher Tonnen in sich begreifenden Teerlager des B. *für die Sparbank* zu verwahren, hat aber das Berufungsgericht mittelbar dadurch verneint, daß es auch bezüglich dieser Quantität feststellte, daß dieselbe weder von B. dem Teerhofverwalter individuell bezeichnet noch daß dieselbe aus dem gesamten Teerlager des B. ausgesondert worden sei.

Hiernach hat das Berufungsgericht mit Recht die sämtlichen, von den Beklagten beanspruchten *Pfandrechte* verneint.

Was ferner das von dem beklagten Vorschuß- und Sparvereine auf Grund der beiden Rechtsgeschäfte vom Oktober 1900 an 1700 und 1000 Tonnen des fraglichen Teerlagers in erster Reihe geltend gemachte fiduziarische *Eigentum* betrifft, so kann nach § 931 B.G.B. dann, wenn ein Dritter im Besitze einer beweglichen Sache ist, die nach § 929 daselbst an sich erforderliche Übergabe derselben an den Erwerber dadurch ersetzt werden, daß der Eigentümer dem Erwerber den Anspruch auf Herausgabe der Sache abtritt. Das Berufungsgericht hat aber das Vorliegen der letzteren Voraussetzung im gegebenen Falle ebenfalls aus dem Grunde verneint, daß es an der nötigen „Konkretisierung" derjenigen Waren gefehlt habe, hinsichtlich deren der behauptete Eigentumsübergang stattfinden sollte. Diese Begründung ist ebenfalls nicht rechtsirrtümlich.

Da durch die in § 931 a. a. O. vorgesehene Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe der Sache (d. h. unter allen Umständen des *dinglichen* Anspruchs des Eigentümers im Sinne des § 985 B.G.B. und, wenn dieser mittelbarer Besitzer der Sache ist, auch seines *persönlichen* Anspruchs) die körperliche Übergabe der Sache und somit die Übertragung des Besitzes an derselben ersetzt und die Übertragung des Eigentums *unmittelbar* bewirkt werden soll, so muß auch diese Abtretung des Anspruchs *individuell bestimmte* Sachen zum Gegenstande haben. Wenn diesem Erfordernisse nicht genügt ist, so kann jedenfalls die beabsichtigte *dingliche* Wirkung dieser Abtretung *unmittelbar* nicht eintreten und daher derjenige, zu dessen gunsten die Abtretung erfolgt, durch letztere selbst unmittelbar nicht *Eigentümer bestimmter Sachen* werden, wie er ja auch nach obigen Ausführungen durch ein derartiges, sich nicht auf bestimmte

Sachen beziehendes Rechtsgeschäft nicht mittelbarer Besitzer solcher Sachen wird. Dies gilt aber namentlich für die hier in Rede stehenden Rechtsgeschäfte, welche sich nur auf nicht individuell bestimmte Bestandteile eines Warenlagers bezogen haben, selbst wenn man dabei mit dem Berufungsgerichte unterstellt, daß nach der Absicht der Parteien durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs Eigentum habe übertragen und nicht bloß ein Pfandrecht habe begründet werden sollen. Die Annahme des Berufungsgerichts, daß diese Abtretung in Wirklichkeit überhaupt keinen Übergang des Eigentums bewirkt habe, ist daher rechtlich nicht zu beanstanden.

Was endlich das von den Beklagten hülfsweise geltend gemachte kaufmännische Zurückbehaltungsrecht an dem Warenlager des B. betrifft, so erscheint die Verneinung dieses Rechts seitens des Berufungsgerichts um deswillen, weil die Beklagten einen zur Begründung eines solchen Rechts geeigneten Besitz an dem Warenlager oder an Teilen desselben nicht erlangt hätten, als rechtlich einwandfrei; denn nach Art. 313 H.G.B. a. F. und dem im wesentlichen damit übereinstimmenden § 369 H.G.B. n. F. ist dieses Zurückbehaltungsrecht nur dann begründet, wenn die betreffenden Sachen in den Besitz des Gläubigers gelangt sind und er sie noch in seinem Besitz (§ 369 a. a. O.) bezw. Gewahrsam (Art. 313 a. a. O.) hat. Das Vorliegen dieser letzteren Voraussetzungen hat aber das Berufungsgericht auf Grund der Vorschriften des alten und des neuen Rechts mit Recht verneint. Insbesondere kann nach obigen Erörterungen auch der hier in Frage kommende Besitz bezw. Gewahrsam nur durch Begründung der tatsächlichen Gewalt des Gläubigers über individuell bestimmte Sachen erworben werden.

Vgl. Entsch. des R.O.H.G.'s Bd. 10 S. 163." ...

---

101. 1. Haftung des Verfrachters für Unfälle, von denen die Ladung beim Entlöschen des Binnenschiffs betroffen wird.

2. Zulässigkeit und Tragweite von Konnossementsklauseln, wodurch die Haftung des Verfrachters für seine Leute eingeschränkt wird.

3. Inwieweit ist die Feststellung des Zustands des Gutes durch gerichtlich ernannte Sachverständige notwendig für die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen des Befrachters?

Binnenschiffahrtsgesetz (Fassung vom 15. Juni 1895) §§ 7. 56 Abs. 1. 58. 61.

I. Civilsenat. Urt. v. 29. Oktober 1902 i. S. Aktiengesellschaft Pr. (Kl.) w. Rh. & Seeschiff.-Akt.-Ges. (Bekl.). Rep. I. 173/02.

I. Landgericht Köln.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der der Beklagten gehörige Dampfer „Industrie VIII" war am 13. Mai 1897 mit einer Ladung von 1280 Ballen Jute, die für die Mechanische Jutespinnerei und -Weberei zu Bonn bestimmt war, in Bonn angelangt und hatte daselbst am Rheinwerft festgemacht. Die Ballen waren teils unter Deck, teils auf Deck, und zwar hier in Schichten bis zu 6 Ballen verstaut. Am 14. wurde mit der Entlöschung der Ladung begonnen, und zwar in der Weise, daß die Ballen Stück für Stück unter Benutzung des auf dem Dampfer befindlichen Spriets hochgewunden, nach dem Ufer zugedreht und auf einen Wagen, der auf einer Ladebuhne stand, abgeladen wurden. Als der dritte Ballen schwebend dem Lande zugedreht war, verlor das Schiff sein Gleichgewicht, neigte sich nach Steuerbord und schüttete eine größere Anzahl Ballen der Deckladung in den Strom zwischen Schiff und Werft. Alsdann kippte der Dampfer nach der anderen Seite über und schüttete auch hier eine fast ebenso große Zahl Ballen über Bord. Dadurch war das Gleichgewicht im Schiffe wiederhergestellt, der Dampfer lag wieder gerade, und die Entlöschung konnte vollendet werden. Die weggetriebenen Ballen konnten nur zum kleinsten Teile geborgen werden; auch war beim Überneigen des Schiffskörpers Wasser in den Raum gedrungen und hatte die dort liegenden Ballen beschädigt. Im ganzen kamen infolge des Unfalls 111 Ballen ganz in Verlust, und es wurden 275 mehr oder weniger stark durch Wasser beschädigt. Der Gesamtschaden, den die Mechanische Jutespinnerei und -Weberei durch diesen Unfall erlitt, einschließlich der zu seiner Feststellung aufgewandten Kosten, bezifferte sich auf 9772,76 ℳ.

Auf Grund der mit ihr abgeschlossenen Transportversicherung

ersetzte die Klägerin der Mechanischen Jutespinnerei und Weberei diesen Betrag, und sie trat durch diese Zahlung nach ihren Versicherungsbedingungen in die Rechte des Versicherten gegen Dritte ein. Diese Rechte machte sie dann gegen die Beklagte als Frachtführerin geltend, indem sie deren Verurteilung zur Erstattung der Schadenssumme nebst Prozeßzinsen begehrte.

Zur Begründung der Klage führte die Klägerin an, daß der Unfall auf ein Verschulden „der Beklagten bezw. ihrer Angestellten" zurückzuführen sei. Das Schiff sei zu hoch beladen gewesen, und bei der Entlöschung seien grobe Fehler begangen worden. Man habe unterlassen, für eine ausreichende Befestigung der Deckladung zu sorgen, und auch dadurch fahrlässig gehandelt, daß man sich bei der Löschung nicht des Dampfkrans am Ufer, sondern des eigenen Dampfspriets bedient habe.

Die Beklagte bemängelte in der ersten Instanz den Betrag des Schadens und die Schlüssigkeit der Klage nicht, machte aber geltend, daß weder ihr noch der Schiffsbesatzung ein Verschulden zur Last falle. Es sei mit der Beladung und Entladung des Schiffes so verfahren worden, wie immer am Rhein verfahren werde. Verlust und Beschädigung seien auf einen unglücklichen Zufall zurückzuführen.

Nach Erhebung eines Zeugenbeweises über die Art und Weise, wie sich der Unfall des näheren zugetragen, verurteilte das Landgericht die Beklagte zur Zahlung von 9772,76 ℳ nebst Prozeßzinsen. Die Entscheidungsgründe führten näher aus, daß die Beklagte den ihr nach § 58 B.Sch.G. obliegenden Beweis, daß der Schaden durch Umstände herbeigeführt sei, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten, nicht erbracht habe.

In der Berufungsinstanz brachten beide Parteien neue Tatsachen vor, woraus folgendes hervorzuheben ist.

Unstreitig hatte die Mechanische Jutespinnerei und -Weberei der Beklagten den Transport ihrer sämtlichen Bezüge von Rohjute in gepreßtem Ballen „ab Dock oder Importschiff London . . . bis frei Schiff Bonn" zum Satze von 8,75 ℳ die Tonne für die Jahre 1896 und 1897 übertragen. Die Transporte sollten erfolgen auf Grund der Konnossemente der Beklagten.

Das Konnossement, das über den vorliegenden Transport aus-

gestellt war, und auf Grund dessen die Mechanische Jutespinnerei und -Weberei die Güter empfangen hatte, war ein Formular der Beklagten und datierte London, 8. Mai 1897. Es enthielt u. a. folgende Klauseln:

The following are the exceptions and conditions . . .

The Act of God, the Emperor's Enemies, Pirates, Robbers, Restraint of Princes, Rulers and People, Strikes or Combinations afloat or ashore at home or abroad, Vermin, Jettison, Barratry and Collision, Fire on Board, in Hulk, or Craft, or on Shore, and all Accidents, Loss and Damage, whatsoever, from Machinery, Boilers, Steam, and Steam Navigation, or from Perils of the Seas, Canals and Rivers, or from any Act, Neglect, or Default, whatsoever, of the Pilot, Master, Officers, Engineers, Crew, Servants or Agents of the Owners, in the management or navigation of the Ship, or otherwise, and the Owners being in no way liable for any consequences of the causes before mentioned.

The Ship, her Owners or Master, are not liable (as regards negligence or otherwise) for any loss, damage, or injury in respect of Goods shipped, unless previous arrangements in writing have been made.

. . . . . .

All Goods are only accepted to be put on board and taken out at Merchant's risk.

Nach dem Konnossemente sollten die Ballen mit dem Rechte der Umladung in ein anderes Schiff mit dem Dampfer „Energie" nach Köln und von da nach Bonn befördert werden. Demgemäß waren die Ballen in Köln in den Dampfer „Industrie VIII" umgeladen worden.

Die Beklagte machte geltend, daß sie auf Grund der Konnossementsklauseln für den Schaden überhaupt nicht in Anspruch genommen werden könne. Die Entlöschung sei nicht Sache des Schiffs, sondern Sache des Empfängers gewesen, der sie durch den Spediteur C. N. zu Bonn habe besorgen lassen. Die Mitwirkung des Kapitäns und die Benutzung der Löschvorrichtung des Dampfers seien ein Akt bloßer Gefälligkeit gewesen, der sie nicht berühre. Auch fehle die in § 61 B.Sch.G. vorgeschriebene Feststellung des

Schadens durch gerichtlich ernannte Sachverständige. Jedenfalls aber hafte die Beklagte nach § 4 B.Sch.G. nur mit Schiff und Fracht.

Die Klägerin trat dem entgegen. Sie bestritt, daß die Befreiungsklauseln zuträfen. Die Beklagte habe die Beladung der „Industrie VIII" in Köln selbst geleitet und hafte daher unbeschränkt. Die Klägerin bestritt ferner, daß die Entlöschung N. übertragen worden sei, und daß die Ablieferung des Gutes zur Zeit des Unfalls bereits erfolgt gewesen sei. Kapitän E. habe die Entlöschung geleitet. Die Vorschrift des § 61 komme nicht in Betracht, da ein Vertreter der Beklagten, D., bei der Schadensermittelung zugezogen sei und sie als richtig anerkannt habe.

Das Berufungsgericht wies die Klage ab. Das Reichsgericht hat aufgehoben und zurückverwiesen.

Aus den Gründen:

„Das Oberlandesgericht führt aus, daß es sowohl nach dem Binnenschiffahrtsgesetze wie nach den Bestimmungen des Konnossements Sache des Empfängers gewesen sei, die Entladung zu bewirken, und es folgert hieraus, daß Versehen, die bei der Entladung begangen wurden, vom Empfänger zu vertreten seien, so daß das Schiff nicht dafür verantwortlich gemacht werden könne, und zwar auch dann nicht, wenn der Schiffer „aus Gefälligkeit" bei der Entladung mitgewirkt und sich hierbei eines Versehens schuldig gemacht habe.

Diese Darlegung kann nicht für richtig erachtet werden. Vielmehr sind die rechtlichen Bedenken und Zweifel, die das Oberlandesgericht selbst im Fortgange seiner Entscheidungsgründe hiergegen aufwirft, als durchaus berechtigt anzuerkennen.

Wie das Oberlandesgericht selbst feststellt, war im vorliegenden Falle mit der Entlöschung des Schiffs die Ablieferung des Frachtguts an den Empfänger verbunden, wie dies bei einer Entlöschung am Bestimmungsorte immer der Fall sein wird, wenn nicht etwa der Ausnahmefall des § 52 B.Sch.G. vorliegt. Die Ablieferung des Frachtgutes an den Empfänger bildet einen Teil, und zwar den wichtigsten Teil der dem Frachtführer obliegenden Vertragspflichten (§ 26 B.Sch.G. in Verbindung mit Art. 403 H.G.B.). Sie ist ein zweiseitiger Akt, der wie jedes Geben und Nehmen ein Zusammenwirken zweier Personen, des Abliefernden und des Empfängers, bedingt. Im Hinblick auf die technischen Schwierigkeiten, die obwalten,

wenn aus einem Schiffe empfangen werden soll, können Zweifel und Streitigkeiten entstehen, wo das Gut gegeben und genommen werden soll, ob es an Land oder an Bord, und hier ob es im Raume oder auf Deck aus der Hand des einen in die des anderen übergehen soll. Um dem vorzubeugen, bestimmt das Binnenschiffahrtsgesetz in § 56 Abs. 1:

„Sofern nicht durch Vereinbarung ein anderes bestimmt ist, hat der Empfänger gepackte Güter auf dem Schiffe, lose Güter in dem Schiffe abzunehmen und die weitere Entladung zu bewirken."

Vgl. auch § 41 B.Sch.G. und Artt. 562 und 594 H.G.B.

Nach dieser Norm hätte Kapitän E. sich darauf beschränken können, den Leuten der Jutespinnerei die zur Deckladung gehörigen Ballen an Bord der „Industrie VIII" anzuweisen und ihnen die Beförderung an Land zu überlassen, sowie demnächst die Raumladung auf Deck zu schaffen und hiermit alsdann wieder ebenso zu verfahren. Unstreitig ist aber Kapitän E. so nicht zu Werke gegangen. Vielmehr hat er die Beförderung der Ballen an Land selbst in die Hand genommen und sie unter Benutzung der eigenen Löschvorrichtungen des Schiffs mittels des Dampfspriets heben und auf dem Werft in den Wagen der Spinnerei (oder ihres Spediteurs) abladen lassen. Hiernach muß — mangels anderweitiger Behauptungen oder Feststellungen — unterstellt werden, daß die Ablieferung des Frachtgutes im vorliegenden Falle an Land erfolgt ist: erst auf dem Frachtwagen sind die Ballen aus der Hand des Schiffers in die Hand des Empfängers übergegangen.

Ist das aber der Fall, so verliert die Bestimmung des § 56 Abs. 1 für die zu treffende Entscheidung alle Bedeutung. Die Beteiligten haben sich nach diesem dispositiven Rechtssatze nicht gerichtet, sondern sie haben — was in ihrer Macht stand — eine andere Methode der Ablieferung gewählt. Aus welchen Beweggründen sich der Schiffer darauf eingelassen hat, ist unerheblich. Ob eine Gefälligkeit vorliegt, oder ob (wie wohl wahrscheinlicher ist) das Interesse an einer Beschleunigung der Entlöschung und an Schonung des Schiffs der Anlaß war, erscheint gleichgültig. Die Tatsache, daß erst an Land abgeliefert worden ist, bleibt immer bestehen.

Daraus folgt, daß das Oberlandesgericht sowol in der Annahme irrt, „die Abnahme des Gutes durch den Empfangsberechtigten"

(§ 61) sei schon an Bord erfolgt gewesen, und es habe sich der Unfall folgeweise nach der Ablieferung (§ 58) zugetragen, als auch darin, daß es Versehen des Schiffers bei der Entlöschung dem Empfänger selbst zur Last legen will. Was der Schiffer tut, um die Ablieferung zu bewerkstelligen, tut er in Erfüllung des Frachtvertrags, und dabei hat er nach § 7 Abs. 1 die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers anzuwenden.

Hiernach erscheint die erhobene Klage — wenn man zunächst von den Einreden der Beklagten absieht — jedenfalls als rechtlich begründet, wenn auch mit der aus § 4 sich ergebenden Beschränkung auf Schiff und Fracht. Und zwar in zwiefacher Weise. Als Rechtsnachfolger des Ladungsbeteiligten kann sich die Klägerin auf § 7 stützen und — wie sie es tatsächlich getan hat — den Nachweis unternehmen, daß Kapitän E. bei der Entlöschung die Sorgfalt eines ordentlichen Schiffers nicht angewendet habe. Oder sie kann sich — dies ist der im Urteile der ersten Instanz verwertete rechtliche Gesichtspunkt — auf § 58 stützen, wonach der Frachtführer für den Schaden haftet, welcher seit der Empfangnahme bis zur Ablieferung durch Verlust oder Beschädigung des Frachtguts entstanden ist, sofern er nicht beweist, daß der Verlust oder die Beschädigung durch Umstände herbeigeführt ist, welche durch die Sorgfalt eines ordentlichen Frachtführers nicht abgewendet werden konnten.

Zu ihrer Verteidigung hat sich die Beklagte auf die im Tatbestande wiedergegebenen Bestimmungen des Konnossements berufen.

Was nun diese Klauseln anlangt, so ist die an letzter Stelle genannte („All Goods are etc.“) ohne Bedeutung. . . .“ (Wird näher ausgeführt.)

„Dagegen muß allerdings mit dem Oberlandesgerichte die an erster Stelle wiedergegebene Klausel zu gunsten der Beklagten für durchgreifend erachtet werden.

Inhalts dieser Klausel hat sich die Beklagte frei gezeichnet

1. von der Haftung für gewisse näher bezeichnete Gefahren und Unfälle — und
2. von der Haftung für Nachlässigkeit oder Versehen der Schiffsbesatzung oder sonstiger Angestellter

„in the management or navigation of the Ship or otherwise“. Hiernach bedarf es nicht der Erörterung, ob eines der zu 1. auf-

geführten Ereignisse vorliegt. Denn gegenüber der Klage, wie sie soeben umschrieben worden ist, greift jedenfalls die Befreiung unter 2. — die sog. Nachlässigkeitsklausel — Platz. Diese Klausel ist hier in der umfassendsten Weise formuliert (vgl. Boyens, Seerecht Bd. 2 S. 222 flg.), und es bedarf namentlich im Hinblick auf die Beifügung der Worte „or otherwise" nicht noch der Prüfung, ob die behufs Entlöschung der Ladung entfaltete Tätigkeit des Schiffers unter den Begriff „management of the Ship" fällt. Auch wird jeder etwaige Zweifel durch die an zweiter Stelle wiedergegebene Klausel ausgeräumt, die sich ausdrücklich auch auf Nachlässigkeit der Angestellten in Bezug auf die Behandlung der Güter erstreckt.

Daß aber derartige Befreiungsklauseln in Konnossementen, auch wenn ihr Inhalt sehr umfassend ist, nach deutschem Rechte gültig und rechtswirksam sind, hat das Reichsgericht oft ausgesprochen.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 11 S. 110, Bd. 25 S. 107; Hanseat. Gerichtsz. 1889 Hauptbl. Nr. 88.

Hiernach müßte, wenn nur die bis jetzt erörterte Begründung der Klage in Frage käme, die Revision als unbegründet zurückgewiesen werden. Es kommt aber weiter in Betracht, daß die Klägerin nicht bloß Versehen der Schiffsbesatzung, sondern auch ein eigenes Verschulden der Beklagten selbst geltend gemacht hat. Die Klägerin ist der Ansicht, daß die Beladung des Schiffs gegen den Brauch ordentlicher Schiffahrt verstoßen habe, weil die Decklast im Verhältnis zu dem im Raume verstauten Gewichte zu hoch genommen worden sei. Diese zu hohe Beladung sieht sie als Ursache des Unfalls an und behauptet, sie sei in Köln „unter der Leitung und Beaufsichtigung der Beklagten" erfolgt.

Auf die Behauptung, daß die Beklagte selbst die Beladung bewirkt habe, ist das Berufungsgericht überhaupt nicht eingegangen. Im übrigen aber erledigt es diese Ausführung der Klägerin durch die Erwägung, daß die Art der Beladung dem Empfänger erkennbar gewesen sei und daß er daher die Entlöschung demgemäß habe einrichten, also auf die Benutzung des Sprietes am Schiffsmaste verzichten und sich des Werftkrans bedienen müssen.

Diese Betrachtung hängt mit der schon widerlegten Auffassung des Berufungsgerichts zusammen, daß die ganze Entlöschung rechtlich so anzusehen sei, als wäre sie durch den Empfänger selbst bewirkt.

Die Erwägung ist daher schon aus diesem Grunde nicht geeignet, die Entscheidung zu tragen. Sie ist aber auch abgesehen hiervon unschlüssig. Denn daraus, daß ein Dritter sieht, wie ein Schiff beladen ist, folgt noch nicht, daß er auch über dessen Ladefähigkeit und insbesondere darüber unterrichtet ist, ob diese bis zur äußersten Grenze angespannt ist, so daß das Schiff nicht auf dem gewöhnlichen Wege, sondern nur unter Beobachtung besonderer Vorsichtsmaßregeln entlöscht werden darf.

Mit Rücksicht auf diese Begründung der Klage konnte der Revision der Erfolg nicht versagt werden, denn die Verteidigungsbehelfe der Beklagten erscheinen dieser Klagebegründung gegenüber zur Zeit jedenfalls nicht als durchgreifend.

Was insbesondere die erste Konnossementsklausel anlangt, so steht bezüglich der herkömmlichen Nachlässigkeitsklausel der Rechtssatz fest, daß sich der Rheder (oder Schiffseigner) hierauf nicht berufen kann, insoweit ihn selbst ein Verschulden trifft oder insoweit das Verschulden eines anderen, nicht zur Schiffsbesatzung gehörigen Bevollmächtigten des Rhebers (oder Schiffseigners) zu grunde liegt.

Vgl. Urt. des Reichsgerichts vom 6. Februar 1889, Hanseat. Gerichtsz. 1889 Hauptbl. Nr. 37.

In ihrer herkömmlichen Fassung erstreckt sich die Nachlässigkeitsklausel aber auch nur auf Versehen der Schiffsbesatzung, hier aber ist sie ausgedehnt auf

„Servants or Agents of the Owners".

Hiernach wird es vor allem näherer Angaben und Feststellungen darüber bedürfen, welche nicht zur Schiffsbesatzung gehörige Personen in Köln die Beladung geleitet und beaufsichtigt haben, und ob diese Personen, weil sie gesetzliche Vertreter der beklagten Aktiengesellschaft sind, dem Schiffseigner selbst gleichgestellt werden müssen, oder ob sie als Servants oder Agents des Schiffseigners gelten können. Auch wird im Hinblick auf § 7 Abs. 3 B.Sch.G. zu beachten sein, daß es für die Begründung einer persönlichen, von der Befreiungsklausel nicht berührten Haftung der Beklagten ausreichen würde, wenn die fehlerhafte Beladung etwa auf eine von den gesetzlichen Vertretern der Beklagten erteilte Anweisung zurückzuführen sein sollte.

Was sodann den dem § 61 B.Sch.G. entnommenen Einwand anlangt, so wird auch dieser Rechtsbehelf eventuell einer erneuten Be-

urteilung zu unterziehen sein. Denn die Auffassung des Oberlandesgerichts, diese gesetzliche Bestimmung könne keine Anwendung finden, weil der Schaden erst „nach der Abnahme des Gutes durch den Empfangsberechtigten" entstanden sei, ist nach dem anfangs Gesagten nicht haltbar. Andererseits aber wird in Betracht kommen, daß die in § 61 vorgeschriebene „Feststellung des Zustands des Gutes durch gerichtlich ernannte Sachverständige" nur insoweit gefordert werden darf, als der Zweck der Bestimmung, nämlich die alsbaldige Beseitigung von Zweifeln und Unsicherheiten über Menge, Zustand oder Beschaffenheit der Güter, eine solche Feststellung nötig machte. Bei einer Beschädigung des Gutes, zu deren Ermittelung allemal eine besondere Sachkunde gehört, wird dies stets der Fall sein. Es kann auch bei einem Verluste an der Menge des Gutes der Fall sein, z. B. wenn zu dessen quantitativer Bestimmung eine besondere Sachkunde erforderlich ist, oder wenn sich bei der Ablieferung eine Meinungsverschiedenheit über die tatsächlich angebrachte Menge herausstellt. Besteht die Ladung aber aus einer Mehrzahl unter sich gleichartiger Frachtstücke, deren Menge einfach durch Zählung zu ermitteln ist, und herrscht bei der Ablieferung zwischen den Beteiligten über die tatsächlich abgelieferte Stückzahl kein Streit, so ist offensichtlich für eine „Feststellung des Zustands des Gutes durch gerichtlich ernannte Sachverständige" kein Raum. Es kann nicht wohl die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein, die Beteiligten zu einer mit Kosten und Weitläufigkeiten verknüpften Maßregel zu nötigen, wenn diese Maßregel überflüssig und zwecklos ist. Überflüssig und zwecklos aber würde es sein, wenn z. B. in einem Falle, wo zwei Faß Wein abzuliefern sind und nur eines abgeliefert wird, immer erst noch ein Sachverständiger zugezogen werden müßte, der dies feststellte. Nach dem, was bislang vorgetragen ist, scheint die Sache in Bezug auf den Verlust der 111 Ballen nicht anders zu liegen, vielmehr scheint gleich bei der Ablieferung volle Gewißheit und Klarheit darüber bestanden zu haben, daß statt der 1280 Ballen, worüber das Konnossement lautet, nur 1169 abgeliefert worden sind.

Insoweit es hiernach auf die Unterlassung einer amtlichen Besichtigung des Frachtgutes vor der Abnahme noch ankommen wird, erscheint die Replik der Klägerin erheblich, daß C. D. in Bonn als Vertreter der Beklagten die Schadensermittelung, die zwischen der Ver-

sicherungsgesellschaft und der Empfängerin stattgefunden hat, gebilligt habe. Denn wenn diese zur Zeit noch streitige Tatsache festgestellt werden sollte, so würde die Beklagte mit ihrer Berufung auf § 61 nicht zu hören sein, da eine derartige Erklärung ihres Vertreters als Verzicht auf die Formalitäten des § 61 aufgefaßt werden müßte.

Hiernach war das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache zur anderweiten Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen" ...

---

102. Zur Auslegung des § 898 (§ 789) des Handelsgesetzbuchs vom 10. Mai 1897.

I. Civilsenat. Urt. v. 1. November 1902 i. S. E. Konkursverwalter der Patr. A.-K. (Kl.) w. W. (Bekl.). Rep. I. 178/02.

I. Landgericht Hamburg.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Beklagte nahm bei der Patriotischen Assekuranzkompagnie zu H. im Jahre 1900 durch mehrere laufende Policen für eine große Anzahl von Schiffen auf Grund der Allgemeinen Seeversicherungsbedingungen Versicherung gegen Seegefahr. Am 7. Februar 1901 wurde über das Vermögen der Assekuranzkompagnie der Konkurs eröffnet. Durch Schreiben vom 9. und 11. Februar 1901 zeigte der Beklagte dem Verwalter der Konkursmasse an, daß er auf Grund der §§ 160. 12 der Allgemeinen Seeversicherungsbedingungen (§§ 898. 789 H.G.B.) für neun näherbezeichnete Schiffe auf Kosten der Assekuranzkompagnie neue Versicherung mit einem Kostenaufwande von zusammen 3409,89 ℳ an Prämien und Stempel genommen habe.

Der Verwalter klagte darauf gegen den Beklagten auf Zahlung von Prämien, auf die der Beklagte nach der Klagerhebung 4126,58 ℳ zahlte, so daß noch 3909,89 ℳ übrigblieben. Der Beklagte beantragte Abweisung der Klage, indem er auf Grund der §§ 17. 54. 59 Abs. 2 K.O. mit 3409,89 ℳ Kosten der neuen Versicherung aufrechnete und den Rest von 500 ℳ zu seiner Sicherheit wegen Schäden

zurückbehielt, die noch vor dem 9. und 11. Februar 1901 entstanden sein möchten.

Der erste Richter verurteilte den Beklagten zur Zahlung von 3909,39 ℳ nebst Zinsen; auf die Berufung des Beklagten aber wurde dies Urteil aufgehoben, insoweit es den Beklagten zu mehr als 500 ℳ nebst Zinsen verurteilte, im übrigen aber die Klage und die Berufung zurückgewiesen.

Die Revision des Klägers ist zurückgewiesen aus folgenden

Gründen:

„Nachdem der Beklagte das Berufungsurteil, durch welches er zur Zahlung von 500 ℳ nebst Zinsen verurteilt ist, hat rechtskräftig werden lassen, handelt es sich nur noch um den Prämienrest von 3409,39 ℳ und die Frage, ob der Beklagte die Zahlung derselben wegen der Kosten der neuen Versicherung im unstreitigen Betrage von 3409,39 ℳ verweigern kann. In den Vorinstanzen ist weder darüber gestritten, daß der klagende Konkursverwalter an sich die verlangten Prämienrückstände fordern kann, noch darüber, daß dem Beklagten ein Anspruch auf Erstattung der Kosten der neuen Versicherung zusteht. Streitig war nur, gegen wen dieser Anspruch zu richten, und ob seine Aufrechnung gegen die Forderung der Konkursmasse zulässig. Daß der Beklagte die neue Versicherung nach § 898 H.G.B. (§ 160 A.S.V.B.) gemäß § 789 H.G.B. (§ 12 A.S.V.B.) genommen hat, keine Doppelversicherung, in welchem Falle von Erstattung der Kosten der neuen Versicherung überhaupt nicht die Rede sein könnte, ist vom Kläger nie in Frage gezogen worden. Der Berufungsrichter läßt ... auch keineswegs unentschieden, ob die neue Versicherung gemäß § 789 H.G.B. (§ 12 A.S.V.B.) genommen, sondern nur, ob sie gemäß Nr. 1. 2 oder 3 daselbst genommen.

Darauf, daß es an einer Feststellung fehle, daß die neue Versicherung gemäß § 789 H.G.B. genommen sei, kann die Revision deshalb nicht gestützt werden. Die Revision ist auch sonst unbegründet.

Nach § 898 H.G.B., aus welchem der § 160 A.S.V.B. wörtlich entnommen ist, kann der Versicherte, wenn der Versicherer zahlungsunfähig geworden ist, nach seiner Wahl entweder vom Vertrage zurücktreten und die ganze Prämie zurückfordern oder innehalten, — oder auf Kosten des Versicherers neue Versicherung nach Maßgabe des § 789 H.G.B., der die Doppelversicherung ausschließt, nehmen, wenn

ihm nicht genügende Sicherheit bestellt wird, d. h. dafür, daß er im Schadensfalle volle Befriedigung durch Zahlung der Versicherungssumme erhält. Daß diese Vorschrift auch im Falle des Konkurses des Versicherers anwendbar, ist auch, abgesehen von der vom Berufungsrichter angezogenen Bemerkung in der Begründung der Konkursordnung zu § 20 derselben (§ 25 n. F.), nicht bedenklich, da die Zahlungsunfähigkeit des Versicherers durch keine Tatsache klarer gestellt wird, als durch die Konkurseröffnung über sein Vermögen. Der Versicherte soll, wenn er nicht vom Vertrage zurücktritt, dasselbe Risiko noch einmal unter Versicherung nehmen dürfen, weil er nach eingetretener Zahlungsunfähigkeit des früheren Versicherers keine Sicherheit dafür hat, ob und wieweit er durch die frühere Versicherung für das Risiko gedeckt ist. Nach § 25 K.O. kommen im Falle des Konkurses über das Vermögen des Versicherers nicht die §§ 17 flg. K.O. zur Anwendung, sondern nach § 898 H.G.B. hat der Versicherte zu bestimmen, ob der Versicherungsvertrag aufgehoben sein soll, oder ob er neue Versicherung nehmen will. Entscheidet sich der Versicherte, wie hier, für letzteres, so bleibt es bei dem früheren Versicherungsvertrage ebenso wie in den Fällen des § 789 H.G.B. Der Konkursverwalter tritt in den laufenden Vertrag ein, hat die Rechte und die Pflichten des Gemeinschuldners aus demselben, aber auch keine anderen und mehreren Rechte; er hat den Vertrag so zu nehmen, wie er nach der eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners sich in der Hand des Gemeinschuldners qualifizierte. Nun ist es rechtlich unbedenklich, daß der zahlungsunfähig gewordene Versicherer nach § 898 H.G.B., wenn es nicht zum Konkurse kommt, den Anspruch aus dem Versicherungsvertrage auf die Prämie gegen den Versicherten nicht ohne Rücksicht auf seine Verpflichtung geltend machen kann, dem Versicherten die Kosten der neuen Versicherung zu erstatten. Denn der Versicherte, der die gezahlte Prämie zurückfordern, die Zahlung der rückständigen verweigern könnte, indem er nach dem Gesetze vom Vertrage zurücktritt, läßt den Vertrag gerade deshalb bestehen, weil nach dem Gesetze der Versicherer ihm in diesem Falle die Kosten der neuen Versicherung zu erstatten hat, und rechnet mit den Kosten der neuen Versicherung gegen die Prämienforderung aus der früheren Versicherung ganz so auf, wie mit einer Gegenforderung, die in rechtlichem Zusammenhange mit der Klageforderung steht. Kann der Versicherer die Auflösung

des Vertrages sowohl wie die neue Versicherungnahme auf seine Kosten nach § 898 nur durch Sicherheitsstellung abwenden, so kann er auch die Prämienforderung aus der bestehen gebliebenen Versicherung nur geltend machen, wenn er dem Versicherten die Kosten der neuen Versicherung erstattet, die das Gesetz ihm auferlegt, wenn der Versicherte es bei der Versicherung beläßt.

Anders kann auch der Verwalter im Konkurse des Versicherers die Prämienforderung nicht geltend machen. Er ist in der Lage, die neue Versicherungnahme durch Sicherheitsbestellung abzuwenden. Tut er dies nicht, und fordert er die Prämie, so kann er die Prämie auch nur so fordern, wie der Gemeinschuldner sie fordern könnte. Denn aufrechenbar ist die Gegenforderung aus der neuen Versicherung durch die Zahlungsunfähigkeit des Gemeinschuldners geworden, die vor der Konkurseröffnung bestand, durch die Konkurseröffnung nur offenkundig geworden ist. Mit dieser Qualität der Aufrechenbarkeit der Forderung aus der neuen Versicherung ist die Prämienforderung aus der früheren Versicherung auf die Konkursmasse übergegangen. Daß die neue Versicherung erst nach der Konkurseröffnung genommen ist, verschlägt nichts, da die Forderung auf die Kosten der neuen Versicherung für den Fall ihrer Entstehung schon vor der Konkurseröffnung aufrechenbar war und durch die Versicherungnahme nach der Konkurseröffnung definitiv aufrechenbar geworden ist (§ 53. § 54 Abss. 1, 3 K.O.).

Hiernach ist die angefochtene Entscheidung gerechtfertigt. Sie ist gerechtfertigt, mag der Beklagte die neue Versicherung nach Nr. 1 oder 2 oder 3 des § 789 H.G.B. genommen haben. Der Anspruch auf Erstattung der Kosten der neuen Versicherung steht ihm in allen drei Fällen ebenso zu, wie dem Versicherer der Anspruch auf die Prämie aus der früheren Versicherung. Im Falle der Versicherungnahme gemäß Nr. 3 des § 789 ist es auch offenbar billig, daß der Versicherer, der die volle Prämie erhält, obwohl er von seiner Verpflichtung zum Teil befreit wird, sich die Kosten der neuen Versicherung abziehen lassen muß, die durch seine Zahlungsunfähigkeit herbeigeführt sind. Auf die angeregte Frage einzugehen, wie sich die Rechtslage gestaltet, wenn der Verwalter im Konkurse des Versicherers die Prämien aus der früheren Versicherung nicht fordert, oder wenn die Konkursmasse in die Lage kommt, den Versicherungsvertrag durch

Zahlung der vollen Versicherungssumme zu erfüllen und daneben die Kosten der neuen Versicherung zu erstatten, Nr. 1 und 2 des § 789, liegt kein Anlaß vor." ...

---

103. Nach welchen Vorschriften bestimmen sich die Gebühren der vor den Konsuln und den Konsulargerichten vernommenen Sachverständigen?

VII. Civilsenat. Beschl. v. 4. November 1902 i. S. St. (Kl.) w. S. (Bekl.). Beschw.-Rep. VII. 166/02.

I. Konsulargericht Zanzibar.

Gründe:

„Auf ein von dem Kaiserlichen Bezirksrichter zu Dar-es-Salam an das Kaiserliche Konsulat zu Zanzibar gerichtetes Ersuchen hat das Konsulargericht[1] daselbst die Kaufleute O. und L. als Sachverständige darüber vernommen, ob die Klägerin, wenn sie loko zollfrei Dar-es-Salam über eine Lieferung Zucker zum Preise von 3 Rupien 55 Pesa für das Frasil abgeschlossen hatte, in der Zeit vom 25. Februar bis 25. März 1899 unter Berücksichtigung aller Spesen und Kosten 1000 Sack Zucker in Hamburg ohne Verlust einkaufen konnte. Die Sachverständigen liquidierten an Gebühr je 15 Dollar = 31 Rupien 58 Pesa. Festgestellt wurden durch den angefochtenen Beschluß mit Hinblick auf § 19 Ziff. 1. § 73 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900 und § 3 der Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige unter Annahme einer Zeitversäumnis von einer Stunde der doppelte Betrag von je 2 ℳ. Hierdurch erachten die Sachverständigen sich für beschwert, indem sie anführen, ihres Wissens sei es das erste Mal seit Beginn ihres Aufenthalts in Zanzibar (1892), daß die Gebühren für die Abgabe von Sachverständigengutachten auf Grund des § 19 Ziff. 1 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit festgesetzt worden; allgemein und auch vom deutschen Konsulat seien sonst die ortsüblichen Sätze gewährt.

Die Beschwerde mußte erfolglos bleiben.

---

[1] Tatsächlich hatte nicht der Konsul, sondern das Konsulargericht das Ersuchen um die Vernehmung erledigt. D. R.

Nach § 19 Ziff. 1 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit vom 7. April 1900, § 413 C.P.O. finden auf die Feststellung der Gebühren der vor den Konsuln und den Konsulargerichten in Civilprozeßsachen vernommenen Zeugen und Sachverständigen die Vorschriften der Gebührenordnung vom $\frac{\text{30. Juni 1878}}{\text{17. Mai 1898}}$ in der Fassung der Bekanntmachung des Reichskanzlers vom 20. Mai 1898 Anwendung. Die in § 20 des Gesetzes über die Konsulargerichtsbarkeit getroffene Ausnahmevorschrift trifft auf Gebührenangelegenheiten nicht zu. Und wenn es in § 40 des genannten Gesetzes heißt, daß in Handelssachen die Vorschriften der in § 19 bezeichneten Gesetze nur insoweit Anwendung finden, als nicht das im Konsulargerichtsbezirke geltende Handelsgewohnheitsrecht ein anderes bestimmt, so kommt auch diese Vorschrift hier nicht in Betracht, weil es sich um eine Frage des Gebührenrechts in Prozeßsachen handelt, diese auch nicht Gegenstand eines Handelsgewohnheitsrechts sein kann. Auch ist in den besonderen Vorschriften des Gesetzes über die Kosten (achter Abschnitt) eine dem § 76, nach welchem, soweit die Gebühren der Rechtsanwälte durch Ortsgebrauch geregelt sind, dieser zunächst zur Anwendung kommt, analoge Bestimmung für Zeugen und Sachverständige nicht getroffen.

Hiernach war nur zu prüfen, ob die Festsetzung den Bestimmungen der Gebührenordnung entspricht. Nach § 3 derselben erhält der Sachverständige für seine Leistungen eine Vergütung nach Maßgabe der erforderlichen Zeitversäumnis im Betrage bis zu 2 ℳ auf jede angefangene Stunde. In § 4 ist bestimmt, daß bei schwierigen Untersuchungen und Sachprüfungen dem Sachverständigen auf Verlangen für die aufgetragene Leistung eine Vergütung nach dem üblichen Preise derselben zu gewähren ist, allein die in der Durchsicht von Marktberichten und Fakturen bestehende Vorbereitung des Gutachtens erfüllt jene Begriffe nicht, die Sachverständigen behaupten dies auch selbst nicht. Endlich ist auch die Bestimmung in § 13 über besondere Taxvorschriften für gewisse Arten von Sachverständigen hier nicht anwendbar. Bedenken können nur nach der Richtung hin entstehen, ob die Zeitversäumnis nicht zu gering veranschlagt, und ob nicht noch eine zweite Stunde als angefangen anzusehen ist; allein eine in dieser Richtung etwa gegebene Beschwerde wird dadurch ausgeglichen, daß die Sätze des § 3 in doppelter Höhe gewährt sind, obwohl die Bestimmung in § 73 des Gesetzes vom 7. April 1900 über die Er-

hebung des doppelten Betrags der Sätze, die in den nach § 19 maßgebenden Vorschriften bestimmt sind, sich nur auf die Gebühren der Gerichte und der Gerichtsvollzieher bezieht."

---

104. 1. Welche Rechtsfolgen treten ein, wenn bei einer Kautionshypothek des bisherigen preußischen Rechts zu der Zeit, in welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, Forderungen, für welche die Hypothek haftet, zu einem bestimmten Betrage entstanden sind, Forderungen aber in Höhe des überschießenden Betrags der Hypothek nicht mehr entstehen können?

2. Findet auf die Erklärungen, welche die Beteiligten in Angelegenheiten des Liegenschaftsrechts abzugeben haben, insbesondere auf die gemäß § 1183 B.G.B. zur Aufhebung der Hypothek durch Rechtsgeschäft erforderliche Zustimmung des Eigentümers, die Vorschrift des § 133 B.G.B. Anwendung?

3. Ist der § 878 B.G.B. anwendbar auf die unwiderruflichen Zustimmungserklärungen anderer Personen (§§ 876. 880 Abs. 2 und 3, § 1183 B.G.B.) zu den von den Beteiligten in Gemäßheit der §§ 873. 875. 877 B.G.B. abzugebenden Erklärungen?

V. Civilsenat. Urt. v. 5. November 1902 i. S. Konkurs T. (Bekl.) w. D. (Kl.). Rep. V. 400/02.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Im Grundbuch von E. Bd. 42 Bl. 7 waren auf den Grundstücken des T. für den Kläger unter Nr. 2 und 9 eine Hypothek von 158000 ℳ und unter Nr. 11 eine Hypothek von 50000 ℳ eingetragen, denen auf Grund einer Vorrechtseinräumung eine Kautionshypothek des D. von 60000 ℳ im Range vorging. Die Kautionshypothek war bestellt für alle entstandenen und noch entstehenden Forderungen des D. aus einem von ihm mit T. über die Bebauung der drei Grundstücke desselben geschlossenen Vertrage. Der Bau wurde vor dem 1. Januar 1900 fertiggestellt. In diesem Zeitpunkte schuldete T. dem D. an Bauforderungen 10000 ℳ, die jedoch nach dem 1. Januar 1900 durch Bezahlung der darüber ausgestellten, am

3. Januar 1900 fällig gewordenen Wechsel getilgt wurden, und, wie die am 8. Mai 1900 erfolgte Abrechnung ergab, 14000 ℳ. Über diese 14000 ℳ verhielt sich die notarielle Verhandlung vom 8. Mai 1900, bei der sich D., T. und der Kläger beteiligten. D. und T. erklärten zunächst, sie seien darüber einig, daß aus dem Geschäftsverkehre zwischen ihnen, für welchen die Kaution bestellt worden, nur eine Forderung von 14000 ℳ erwachsen sei. Dann bewilligten und beantragten sie, „die Kautionshypothek umzuschreiben in eine definitive Hypothek folgenden Inhalts: 14000 ℳ Darlehen mit 5 Prozent vom 1. Januar 1900 ab in vierteljährlichen Raten verzinslich und nach dreimonatlicher Kündigung zahlbar für D." Dann trat D. diese Hypothek mit Zinsen dem Kläger ab und beantragte die Eintragung der Abtretung und die Umschreibung der Post auf den Erwerber. Kläger acceptierte die Abtretung. Alle Anwesenden beantragten die Zustellung des über die Post zu bildenden Hypothekendokuments an den Kläger, welcher die sämtlichen Kosten einschließlich der beim Grundbuchamt entstehenden übernahm. Noch im Mai 1900, nachdem die Urkunde vom 8. Mai 1900 dem Grundbuchamt eingereicht, aber bevor die Eintragung im Grundbuche erfolgt war, wurde über das Vermögen des T. der Konkurs eröffnet. Bald darauf wurden die Grundstücke des T. zwangsversteigert und dem Kläger zugeschlagen. Bei der Kaufgelderbelegung wurden zu der Kautionshypothek der 60000 ℳ vom Kläger die ihm abgetretenen 14000 ℳ liquidiert und von Amts wegen für den unbekannten Berechtigten, da die Entstehung der Forderung nicht nachgewiesen war, 46000 ℳ mit dem Bemerken angesetzt, im Falle die Forderung nicht existiere, bestehe für den bisherigen Eigentümer bezw. für die Konkursmasse T. der Restbetrag der Kaution. Die 14000 ℳ und die 46000 ℳ gelangten zur Hebung. Dagegen fielen die nachstehenden Hypotheken des Klägers, und zwar die Hypothek der 158000 ℳ mit 130472,80 ℳ und die Hypothek von 50000 ℳ ganz aus. Kläger widersprach dem vorrechtlichen Ansatze der 46000 ℳ für den unbekannten Berechtigten bezw. für die Konkursmasse T. und beanspruchte diesen Betrag zur Verrechnung auf seine ausgefallenen Hypotheken. Der Betrag von 46000 ℳ nebst 4 Prozent Zinsen seit dem 30. November 1900 wurde infolgedessen dem unbekannten Berechtigten mit der Maßgabe überwiesen, daß im Falle der Nichtexistenz der Forderung der Anspruch

dem früheren Eigentümer T., jetzt der Konkursmasse T. zustehe, daß jedoch die Übertragung mit dem Vorbehalte der Rechte des Klägers, die er mit dem Widerspruche geltend gemacht habe, erfolge. Zugleich wurde eine Sicherungshypothek in Höhe von 46000 ℳ auf den vom Kläger ersteigerten Grundstücken eingetragen. Kläger machte die ihm vorbehaltenen Rechte im Wege der Klage mit den Anträgen geltend, die Konkursmasse zu verurteilen: a) anzuerkennen, daß er berechtigt sei, sich wegen seiner Hypotheken von 208000 ℳ nebst Zinsen vor der Beklagten aus dem von dieser beanspruchten Betrage von 46000 ℳ der Kautionshypothek von 60000 ℳ zu befriedigen; b) darein zu willigen, daß ihm der Betrag von 46000 ℳ zur Aufrechnung gegen seine Hypothekenforderung von 158000 ℳ nebst Zinsen zugewiesen werde; c) in die Löschung der für die 46000 ℳ eingetragenen Sicherungshypothek zu willigen. Er begründete seinen Anspruch damit, daß eine Eigentümerhypothek bezüglich der 46000 ℳ nicht entstanden sei, daß D. befriedigt sei und die Löschung der 46000 ℳ bewilligt habe, und daß, wenn die Entstehung einer Eigentümerhypothek angenommen werde, diese ihm gegenüber nicht geltend gemacht werden könne, weil T. in einer auch die Beklagte bindenden Weise auf die Eigentümerhypothek verzichtet habe. Die Beklagte beantragte neben Abweisung der Klage widerklagend: den Kläger zu verurteilen, anzuerkennen, daß die Post von 46000 ℳ, die nach dem Teilungsplane für den unbekannten Berechtigten eingetragen sei, der beklagten Konkursmasse zustehe. Der erste Richter wies die Klage ab und verurteilte den Kläger widerklagegemäß. Auf die Berufung des Klägers wurde unter Abänderung des ersten Urteils erkannt, daß der streitige Betrag von 46000 ℳ nebst 4 Prozent Zinsen seit dem 30. November 1900 dem Kläger zur Anrechnung auf seine Hypotheken von 158000 ℳ nebst Zinsen zugewiesen werde, soweit diese Hypotheken nicht bereits aus dem Versteigerungserlöse zur Hebung gelangt seien; daß die Beklagte verurteilt werde, in die Löschung der für die 46000 ℳ nebst Zinsen auf den dem Kläger zugeschlagenen T.'schen Grundstücken eingetragenen Sicherungshypothek zu willigen, und daß die Widerklage abgewiesen werde.

Die Revision der Beklagten ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Das Berufungsgericht geht davon aus, daß die für D. eingetragene Kautionshypothek von 60000 ℳ auf Grund der Bestim-

mungen des neuen Rechts am 1. Januar 1900 in eine Sicherungshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs auch dann umgewandelt sei, wenn für D. in diesem Zeitpunkte eine Bauforderung gegen T. nicht bestanden habe. Es zieht nicht in Erwägung, ob aus dem Rechtsverhältnisse, welches durch die Kautionshypothek gesichert ist, in der Zeit vom 1. Januar 1900 an noch Forderungen für D. entstehen konnten. Es scheint vielmehr anzunehmen, daß auch ohne Rücksicht hierauf die Umwandlung der Kautionshypothek zu dem Betrage, in welchen Forderungen des D. damals nicht entstanden waren, also in Höhe der streitigen 46000 ℳ, sich vollzogen habe. Hierin kann dem Berufungsgerichte nicht beigetreten werden. Wenn dieses sich auf das Urteil des Reichsgerichts (Entsch. desselben in Civils. Bd. 49 S. 162) beruft, so berücksichtigt es nicht, daß in dem dort entschiedenen Falle Forderungen, die durch die Kautionshypothek gesichert waren, dem Berechtigten zu einem höheren Betrage, als dem eingetragenen Höchstbetrage erwachsen waren, und daß keine Veranlassung vorlag, eine Entscheidung darüber zu treffen, wie sich die Rechtslage gestalten würde, wenn aus dem durch Kautionshypothek geschützten Rechtsverhältnisse Forderungen nicht entstanden sind oder nicht mehr entstehen konnten. Über diese Frage hat sich das Reichsgericht in dem Urteile vom 21. Juni 1902 in Sachen J. w. J., Rep. V. 132/02, dahin ausgesprochen, daß eine Kautionshypothek des bisherigen preußischen Rechts nicht als ein bestehendes Pfandrecht im Sinne des Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B. gilt, demnach nicht in eine Sicherungshypothek umgewandelt, sondern erloschen ist, wenn vor dem 1. Januar 1900 Ansprüche des Kautionsgläubigers nicht entstanden sind, und das Rechtsverhältnis, welches durch die Kautionshypothek gesichert werden sollte, beendet ist, so daß Forderungen, für welche die Hypothek haften würde, nicht mehr entstehen konnten. Die Begründung braucht nicht wiederholt zu werden, da das Urteil in dem 52. Bande der Entsch. des R.G.'s in Civils. veröffentlicht werden wird.[1] Aus den beiden erwähnten Entscheidungen, an denen festgehalten wird, ergibt sich ohne weiteres der Rechtssatz: Eine Kautionshypothek des bisherigen preußischen Rechts gilt zu der Zeit, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, in Höhe des Betrags der

[1] Inzwischen veröffentlicht in diesem Bande S. 59 flg. D. R.

bis dahin entstandenen Forderungen als Sicherungshypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in Höhe des überschießenden Betrags erlischt sie, wenn das Rechtsverhältnis, welches durch die Hypothek gesichert werden soll, beendet ist, so daß neue Forderungen aus ihm nicht mehr entstehen können. So scheint die Sache hier zu liegen. Bestimmte Folgerungen lassen sich jedoch für die Entscheidung nicht ziehen, da es noch an den erforderlichen tatsächlichen Feststellungen fehlt. Es kann zwar kaum einem Zweifel unterliegen, daß, nachdem schon vor dem 1. Januar 1900 der Bau, welchen D. auf den Grundstücken des T. zu errichten hatte, fertiggestellt war, neue Forderungen des D. nicht mehr entstehen konnten. Ungewißheit besteht aber namentlich über das rechtliche Schicksal der Bauforderungen von 10000 ℳ, über welche vor dem 1. Januar 1900 zwei Wechsel ausgestellt sind, die erst nach diesem Zeitpunkte zahlbar waren, da nicht ermittelt ist, ob die Wechsel an Zahlungsstatt oder nur zahlungshalber gegeben sind. Denn erstenfalls würde durch Hingabe der Wechsel die Bauforderung von 10000 ℳ getilgt, die Kautionshypothek also zu diesem Betrage erloschen sein, während im anderen Falle die Bauforderung über den 1. Januar 1900 hinaus fortbestanden und am 1. Januar 1900 die Kautionshypothek sich zum Betrage von 10000 ℳ in eine Sicherungshypothek umgewandelt hätte, die infolge der Einlösung der Wechsel von dem Eigentümer T. als Grundschuld erworben wäre (§§ 1163 Abs. 1 Satz 2. 1177 Abs. 1 B.G.B.). Weiterer Ermittelungen in dieser Hinsicht bedarf es jedoch nicht, weil die Entscheidung des Vordergerichts durch einen anderen Grund selbständig getragen wird.

Wird mit dem Berufungsgerichte davon ausgegangen, daß sich die Kautionshypothek der 60000 ℳ am 1. Januar 1900 zum Betrage von 46000 ℳ in eine Grundschuld des T. umgewandelt habe, so erscheinen die Ausführungen, mit welchen nachgewiesen wird, daß die Grundschuld durch Rechtsgeschäft unter Zustimmung des damaligen Eigentümers T. wenigstens insoweit aufgehoben sei, als T. und an dessen Stelle der beklagte Konkursverwalter der völligen Aufhebung der Grundschuld durch Löschung nicht entgegentreten dürfen, keineswegs abwegig. Aus den vorgelegten Urkunden und der gesamten Sachlage stellt das Berufungsgericht zunächst tatsächlich fest, daß es sich nach Absicht der Beteiligten bei der Bestellung der Kautions-

hypothek für D. nur um eine provisorische Eintragung gehandelt hat, die demnächst wieder zur Löschung gelangen sollte, und daß T. am 1. Februar 1900 erklärt hat, er müsse die für D. eingetragene Kaution von 60000 ℳ innerhalb dreier Monate löschen lassen und die verpfändeten Grundstücke von dieser Last befreien. Nach diesen Vorgängen findet das Berufungsgericht in den Erklärungen der bei der notariellen Verhandlung vom 8. Mai 1900 Beteiligten, welche im Tatbestande mitgeteilt sind: daß D. mit der Löschung der streitigen 46000 ℳ der Kautionshypothek einverstanden gewesen sei, und daß T. die Hypothek zum Betrage von 46000 ℳ habe aufheben und zur Löschung bringen wollen. Wenn es in der Erklärung des T. die nach § 1183 B.G.B. zur Aufhebung der Hypothek erforderliche Zustimmung des Eigentümers erblickt, so ist das weder unzulässig noch mit der Revision anfechtbar. Nicht unzulässig, weil für die Erklärungen, welche die Beteiligten in Angelegenheiten des Liegenschaftsrechts abzugeben haben, eine bestimmte Wortfassung nicht vorgeschrieben ist, insbesondere nicht verlangt wird, daß sie sich gerade den im Gesetze gebrauchten Worten anschließen, daher auch hinsichtlich dieser Erklärungen die allgemeine Vorschrift des § 133 B.G.B. Anwendung findet: „Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist der wirkliche Wille zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften." Nicht anfechtbar, weil eine durch Auslegung gewonnene tatsächliche Feststellung in Frage steht, der weder die erforderliche Begründung fehlt noch ein Rechtsirrtum anhaftet. Auch die weiter vom Berufungsgerichte aufgestellte Ansicht, der beklagte Konkursverwalter sei an die vom Gemeinschuldner vor Eröffnung des Konkurses erklärte Zustimmung zur Aufhebung der Grundschuld der 46000 ℳ gebunden, ist nicht zu beanstanden, da die dem Gläubiger (D.) gegenüber erklärte Zustimmung des Eigentümers T. nach § 1183 Satz 2 B.G.B. unwiderruflich ist. Die Vorschrift des § 878 B.G.B. kommt nicht zur Anwendung, da sie sich nur auf „eine von dem Berechtigten in Gemäßheit der §§ 873. 875. 877 abgegebene Erklärung", nicht aber auf die zu solcher Erklärung erforderlichen Zustimmungen anderer Personen (§§ 876. 880 Abs. 2. 3. § 1183 B.G.B.; § 27 G.B.O.) bezieht.

Vgl. die Kommentare zum Bürgerlichen Gesetzbuche von Planck Bd. 3 S. 81 Nr. 4 Abs. 2. S. 601 lit. e; von Fuchs S. 80 Nr. 3.

S. 85 Nr. 3 Abs. 2. S. 590 Nr. 9; von Biermann S. 30 Nr. 1 a. E. S. 239 zu § 1183; von Turnau-Förster S. 124 Nr. 1. S. 125 Nr. 3 Abs. 3. S. 804 Nr. 3.

Aber wenn auch der § 878 B.G.B. hier zur Anwendung kommen müßte, würde das Ergebnis das gleiche sein, da die notarielle Urkunde vom 8. Mai 1900, in welcher der Gläubiger D. die Aufhebungserklärung und der Eigentümer T. seine Zustimmung zur Aufhebung nach der Feststellung des Berufungsgerichts erklärt haben, unstreitig dem Grundbuchamt mit den entsprechenden Anträgen eingereicht ist, die Voraussetzungen also, an welche die Einflußlosigkeit der später durch die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Eigentümers T. eingetretenen Verfügungsbeschränkung desselben gebunden ist, vorliegen."

---

105. Ist das Versprechen der Lieferung von Aktien einer Aktiengesellschaft, die keine Aktienurkunden hatte herstellen lassen, als Versprechen einer unmöglichen Leistung anzusehen?

I. Civilsenat. Urt. v. 8. November 1902 i. S. W. u. H. (Kl.) w. Bl. (Bekl.). Rep. I. 124/02.

I. Landgericht I Berlin.
II. Kammergericht daselbst.

Im Jahre 1898 begründete die Aktiengesellschaft für Metallindustrie F. B. & Co. in Berlin, deren Direktor der Beklagte war, zusammen mit 6 anderen Personen, zu denen der Beklagte für seine Person und der Rentier B. gehörten, eine neue Aktiengesellschaft unter der Firma B. selbstzündende Glühkörper-Aktiengesellschaft. Eingetragen in das Handelsregister wurde die Gesellschaft am 20. September 1898. Das Grundkapital dieser neuen Aktiengesellschaft betrug 1500000 ℳ, einzuteilen in 1000 Stück auf den Inhaber lautende Stammaktien über je 1000 ℳ und 500 Stück auf den Inhaber lautende Vorzugsaktien über je 1000 ℳ. Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft war der Erwerb und die Verwertung der Erfindung eines Dr. K., betr. einen selbstzündenden Glühkörper.

Durch Brief vom 4. Juli 1898 fragte H. H., der neben W. A. W. Gesellschafter der offenen Handelsgesellschaft W. & H. war, bei dem Beklagten an wegen des Erwerbs von Aktien der neuen Gesellschaft. Beklagter antwortete unter dem 7. Juli, daß die Aktien der neuen Gesellschaft einstweilen gesperrt seien, und verwies H. an die Genossenschaftsbank von S., P. & Co. in Berlin. Schon am 8. Juli schrieb er dann aber an H., er erhalte eben ein Angebot von 10000 ℳ Aktien der B. selbstzündende Glühkörper-Aktiengesellschaft zum Kurse von 110, die Aktien seien lieferbar, sobald er solche erhalte, einen Börsenkurs hätten die Aktien noch nicht, da sie an der Börse noch nicht zugelassen seien, er könne also nur die ihm werdenden Besitzrechte an 10 Aktien zum Kurse von 110 weiter abtreten mit gleichen Bedingungen, wie solche ihm würden. Am 10. Juli telegraphierte H. an den Beklagten: „Acceptiere fünf Aktien zu hundertzehn", worauf Beklagter am 11. Juli telegraphisch antwortete: „fünf Stück gemäß meines Briefes und Ihrer Depesche für Sie gekauft".

Am 15. Juli schrieb H. an den Beklagten, daß sein Haus in H. i. W. die Aktien übernehme und den Gegenwert zahle, und gleichzeitig ersuchte die Firma W. & H. um Mitteilung der Bezugsbedingungen für die besorgten 5 Aktien. Beklagter erwiderte der Firma am 23. Juli, daß die Aktien einstweilen sämtlich gesperrt seien und die Deutsche Genossenschaftsbank von S., P. & Co. über die Auslieferung verfüge, von den für ihn bei der Genossenschaftsbank hinterlegten Aktien cediere er also das Bezugsrecht der gekauften 5 Stück Aktien, bittend, den Gegenwert an die Genossenschaftsbank zu zahlen. Beigefügt war dem Schreiben der Entwurf einer „Cession" überschriebenen Urkunde, die folgenden Wortlaut hatte:

„Das Recht auf Herausgabe von 5 Stück Aktien der B. selbstzündende Glühkörper-Aktiengesellschaft trete ich hiermit an die Firma W. & H. in H. i. W. ab. Ich bekenne, Valuta empfangen zu haben. — Ich weise die Deutsche Genossenschaftsbank von S., P. & Co. in Berlin hiermit an, obige 5 Aktien nach Aufhebung der Sperre an genannte Firma oder an ihre Ordre auszuhändigen."

Auf ein Erinnerungsschreiben des Beklagten vom 4. August 1898 teilte die Firma W. & H. am 11. August dem Beklagten mit, daß sie 5500 ℳ als Gegenwert für die hinterlegten 5 Aktien an die Deutsche Genossenschaftsbank gezahlt habe. An demselben Tage über-

sandte die Firma W. & H. der Genossenschaftsbank 5500 ℳ mit dem Bemerken, daß sie diesen Betrag als Gegenwert für vom Beklagten für sie bei der Bank hinterlegte 5 Aktien der B. selbstzündende Glühkörper-Aktiengesellschaft überreiche, und am 12. August schrieb Beklagter an die Genossenschaftsbank, er überreiche Mitteilung des Fritz B., betr. Bezugsrecht von 5 Aktien der B. selbstzündende Glühkörper-Aktiengesellschaft, welches Recht B. an ihn abgetreten, und des weiteren eine Cession, nach welcher er obiges Recht an die Firma W. & H. abtrete.

Am 13. August erwiderte indes die Genossenschaftsbank dem Beklagten unter Zurücksendung der ihr übersandten Cessionsurkunden, daß sie von der Übertragung des Besitzrechts auf 5 Stück Aktien der B. selbstzündende Glühkörper-Aktiengesellschaft keine Notiz nehmen könne, W. & H. von dieser Erklärung Mitteilung gemacht und die von ihnen eingesandten 5500 ℳ zur Verfügung gestellt habe, und ein dementsprechendes Schreiben der Genossenschaftsbank von demselben Tage erhielt dann auch die Firma W. & H. — Diese schrieb hierauf am 15. August an die Bank, daß die Zahlung der 5500 ℳ zur freien Verfügung des Beklagten erfolgt sei, und ersuchte am 18. August den Beklagten, „den Cessionsschein über Abtretung von 5 Aktien der B. selbstzündende Glühkörper-Aktiengesellschaft" zu übersenden, worauf Beklagter durch Schreiben vom 23. August erwiderte: „In der Anlage überreiche ich Ihnen Cession über das für Sie erworbene Bezugsrecht der 5 Stück Aktien." Beigefügt war eine „Cession" überschriebene, vom 23. August 1898 datierte und vom Beklagten unterschriebene Urkunde folgenden Wortlauts:

„Ich cediere hiermit das Bezugsrecht von 5 Stück Aktien der Aktiengesellschaft „B. selbstzünd. Glühkörper-Aktiengesellschaft" an die Firma W. & H. zu H. i. W. und bekenne Valuta empfangen zu haben. — Ich verpflichte mich, sofort nach Erhalt genannter fünf Aktien dieselben der Firma W. & H. zu deren freiem Eigentum zuzustellen."

Unbestritten fanden mit dem Empfang dieser Urkunde und des Begleitschreibens die Vertragsverhandlungen ihren Abschluß.

Die von W. & H. erhobene Klage war auf Zurückzahlung der an den Beklagten gezahlten 5500 ℳ nebst Zinsen seit dem 11. August 1898 gerichtet. Es wurde in ihr der Standpunkt vertreten, daß der

Beklagte 5 Stammaktien der mehrgenannten Aktiengesellschaft verkauft habe, und, von anderem abgesehen, geltend gemacht, daß der geschlossene Vertrag nichtig sei, weil Aktienurkunden nicht ausgegeben seien und auch nicht würden ausgegeben werden, wogegen Beklagter, letzteres bestreitend, nur ein ihm zustehendes Recht auf den Bezug von 5 Aktien abgetreten haben wollte.

Vom Landgericht wurde nach Beweisaufnahme auf Abweisung der Klage und vom Kammergericht in Berlin auf Zurückweisung der Berufung erkannt.

Auf die Revision ist dem Klagantrage gemäß erkannt worden.

Aus den Gründen:

... „Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf der Annahme, daß auf Grund eines am 1. Februar 1898 zwischen den sieben Gründern der vorgenannten Aktiengesellschaft, ferner der Deutschen Genossenschaftsbank von S., P. & Co. und einem zweiten Bankhause, der Kommanditgesellschaft auf Aktien C. Sch., T. & Co. geschlossenen sog. Syndikatsvertrags der Rentner B. einen Anspruch an die genannte Genossenschaftsbank auf Herausgabe von 10 Stammaktien der B. selbstzündende Glühkörper-Aktiengesellschaft gehabt, sowie daß der Beklagte diesen Anspruch für 5 Aktien von B. erworben und seinerseits an den Kläger abgetreten habe. — Diese Annahme ist aber unvereinbar mit dem feststehenden Sachverhalt.

Nach der vorliegenden Vertragsurkunde wurde durch den sog. Syndikatsvertrag auf die Dauer von $1^1/_2$ Jahren von der Eintragung der Aktiengesellschaft in das Handelsregister an ein Begebungskonsortium für die Begebung sämtlicher Aktien der zu errichtenden Aktiengesellschaft begründet und der Mitgründerin „F. B. & Co. Aktiengesellschaft für Metallindustrie" die Befugnis eingeräumt, durch ihre Erklärung die Vertragsdauer um 1 Jahr zu verlängern. Nach § 1 sollten sämtliche Aktien bei der Genossenschaftsbank hinterlegt werden und verzichteten die Gründer darauf, vor Ablauf der Vertragszeit die Aktien zu veräußern. Bei Abgebung von Unterbeteiligungen sollten die Unterbeteiligten zu der Gesellschaft nicht in ein Rechtsverhältnis treten. Nach § 2 hatten allein die beiden Bankhäuser den Zeitpunkt und die Bedingungen der Emission der Aktien zu bestimmen, nur durfte „der Verkauf von Aktien und die Emission" nicht unter pari erfolgen, und die beiden Bankhäuser erhielten das Recht, von zwei genannten

Gründern Aktien bis zum Betrage von je 260000 ℳ al pari zu erwerben und sich in dieser Weise an der Begebungsgesellschaft zu beteiligen (§ 3). Hiernach ist klar, daß nach erfolgter Hinterlegung der Aktien die beiden Bankhäuser die ihnen nicht entziehbare Befugnis hatten, innerhalb der Vertragszeit unter Einhaltung des Konsortialkurses die Aktien für Rechnung aller Beteiligten zu veräußern, und daß nur, wenn eine solche Veräußerung ganz oder zum Teil nicht gelang, die Aktionäre anteilsmäßig, wie zur Zurücknahme der Aktien verpflichtet, so auch zu deren Zurückforderung berechtigt waren. — Nun ist allerdings, wie feststeht, die Vertragszeit abgelaufen, ohne daß es zu einer Veräußerung der Aktien gekommen war. Aber es war auch, wie ferner außer Streit ist, die Errichtung und die Hinterlegung von Aktienurkunden unterblieben. Die Erklärung dafür gibt die vom Berufungsgericht für glaubhaft erachtete Aussage des Zeugen W. (des Direktors der Genossenschaftsbank), nach welcher zwar die Genossenschaftsbank den Auftrag erhalten hatte, die Aktienurkunden herstellen zu lassen, es dabei aber ihrem Ermessen überlassen worden war, mit Rücksicht auf die Geschäftslage der Gesellschaft den geeigneten Zeitpunkt für den Druck und die Ausgabe der Aktien zu bestimmen, so daß sie also von dem Herstellenlassen von Aktienurkunden ganz absehen durfte, wenn innerhalb der Vertragszeit das Unternehmen der Gesellschaft sich nicht so entwickelte, daß sich die Aufwendung der Druck- und Stempelkosten für die Aktienurkunden rechtfertigen ließ. Die seitens der Genossenschaftsbank erfolgte Annahme der K.'schen Anweisung, nach Aufhebung der Sperre 10 Aktien an B. herauszugeben, von welcher der Zeuge W. spricht, konnte daher keine andere Bedeutung haben als die einer Form für die Anerkennung, daß man B. für (weitere) 10 Aktienrechte als mitbeteiligt an dem Begebungskonsortium gelten lasse, der gegebenenfalls die Herausgabe von 10 Aktienurkunden beanspruchen könne. Entstanden ist dieser Anspruch aber nicht, weil keine Aktien bei der Genossenschaftsbank hinterlegt worden sind, und deshalb konnte auch ein solcher Anspruch nicht vom Beklagten erworben und an W. & H. abgetreten werden.

Richtiger Auffassung nach hatte indes auch das zwischen der Firma W. & H. und dem Beklagten abgeschlossene Rechtsgeschäft gar nicht den vom Berufungsgericht unterstellten Inhalt. Aus den Vertragsverhandlungen ergibt sich, daß zunächst eine Einigung

zwischen H. und dem Beklagten zustande gekommen war, daß dann aber an deren Stelle mit Zustimmung von H. ein Rechtsgeschäft zwischen der Firma W. & H. und dem Beklagten gesetzt wurde. Auf dieses letztere allein also kommt es an. Unzweifelhaft beabsichtigte am 23. Juli 1898 der Beklagte die Abtretung eines Anspruchs an die Genossenschaftsbank auf Herausgabe von 5 Aktien zum Inhalt des Geschäfts zu machen. Dies geht hervor aus seinem Briefe vom genannten Tage und aus dem Entwurf einer Cessionsurkunde, der beigefügt war. Eine Urkunde, wie er sie damals auszustellen vorhatte, hat aber der Beklagte nicht ausgestellt, offenbar deshalb nicht, weil die Genossenschaftsbank, wie anzunehmen, mit Rücksicht auf die im Syndikatsvertrage getroffene Bestimmung über Unterbeteiligungen, die Zulässigkeit der beabsichtigten Abtretung beanstandete. Ausgestellt und in Empfang genommen, und folglich maßgebend ist die Urkunde vom 23. August 1898. Wird beachtet, daß in dieser ein Dritter, gegen den ein Recht auf den Bezug von Aktien bestehe, nicht genannt ist, vor allem aber, daß im zweiten Satz der Urkunde der Beklagte sich verpflichtet, sofort nach Erhalt der 5 Aktien diese der Firma W. & H. zu Eigentum zuzustellen, dann läßt sich ungeachtet der Worte „Cession" und „Ich cediere" nicht annehmen, daß das gewollt war, was das Wesen einer Forderungsabtretung ausmacht. Die Firma W. & H. sollte nicht in den Stand gesetzt werden, von einem Dritten die Lieferung von 5 Aktien zu fordern, sondern diese Lieferung von dem Beklagten selbst zu verlangen berechtigt sein. Mit dem ersten Satze der Urkunde erklärte daher der Beklagte nichts weiter, als daß er ein Recht auf den Bezug von 5 Aktien habe, als dessen Inhaberin im Verhältnis zu ihm die Firma W. & H. gelten solle, und das er deshalb zu deren Gunsten ausüben werde, und dadurch wurde nur der Termin für die Erfüllung der von ihm selbst übernommenen Lieferungspflicht hinausgeschoben. Gegenstand dieser Lieferungspflicht waren, worüber der Wortlaut der Urkunde nicht im Zweifel läßt, Aktienurkunden, und zwar Aktienurkunden, von denen der Beklagte in seinem Schreiben vom 23. Juli 1898 erklärt hatte, daß sie bei der Genossenschaftsbank hinterlegt seien, und von denen daher W. & H. annehmen mußten, daß sie bereits vorhanden seien. Fest steht nun aber, daß in Wirklichkeit selbst zur Zeit der letzten Berufungsverhandlung, am 11. Januar 1902, noch keine Aktienurkunden errichtet worden waren, und daß

durch einen Generalversammlungsbeschluß der Aktionäre vom 20. März 1901 die Aktien im Verhältnis von 5 zu 1 zusammengelegt worden sind, wonach es, jedenfalls für nicht absehbare Zeit, gewiß ist, daß solche Aktienurkunden, wie sie der Beklagte zu liefern versprochen hat, überhaupt nicht zur Entstehung gelangen werden. Daraus folgt, daß der Beklagte sich zu einer unmöglichen Leistung verpflichtet hat und deshalb der gegen ihn erhobene Anspruch auf Zurückzahlung der empfangenen 5500 ℳ sowie der Nebenanspruch auf Zinsen begründet ist. — Allerdings schloß das Fehlen von Aktienurkunden weder das Bestehen der Aktiengesellschaft noch das Bestehen von Aktienrechten noch endlich die Möglichkeit aus, Aktienrechte zu veräußern.

Vgl. Entsch. des R.G.'s in Civils. Bd. 34 S. 115.

Versprochen war aber eben nicht die Verschaffung von unverbrieften Aktienrechten, sondern die Lieferung von angeblich hinterlegten, auf den Inhaber lautenden Aktienurkunden als Trägern von Aktienrechten, und dieses war etwas wesentlich anderes als jenes wegen der Vorteile, welche Inhaberpapiere in der Erleichterung des Rechtsausweises und der Rechtsveräußerung gewähren, und wegen des Grundes, aus welchem man von der alsbaldigen Errichtung von Aktienurkunden abgesehen hatte. Die Hinausschiebung dieser Errichtung bewies, für wie unsicher die Aussichten des Unternehmens der Aktiengesellschaft gehalten wurden." . . .

106. **Bedeutung einer Observanz, durch welche die nach § 3 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850 den Gemeinden obliegende, öffentlichrechtliche Verpflichtung zur Tragung der durch die Reinigung der öffentlichen Straßen erwachsenden Kosten auf die Anlieger übertragen wird. Ist für die Observanzbildung ein zehnjähriger Zeitraum erforderlich, und wird sie durch Polizeiverordnungen gehindert, welche jene Verpflichtung der Anlieger aussprechen?**

VII. Civilsenat. Urt. v. 11. November 1902 i. S. S. (Kl.) w. Stadtgem. S. (Bekl.). Rep. VII. 268/02.

I. Landgericht Essen.
II. Oberlandesgericht Hamm.

Die Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Der Kläger ist der Ansicht, daß die Reinigungspflicht bezüglich desjenigen Teils der Straßen, welcher sich in der verklagten Stadtgemeinde neben den Grundstücken des Klägers hinzieht, nicht ihm als Anlieger sondern der Beklagten obliegt, und hat deshalb Klage erhoben mit dem Antrage, die Beklagte zur Anerkennung dieser Verpflichtung, also dahin gehend, die Reinigung des bezüglichen Bürgersteigs und Straßendamms gemäß der Polizeiverordnung vom 10. März 1893 zu bewirken, und zur Erstattung der vom Kläger in Rücksicht auf die Vornahme der Reinigung bisher aufgewandten Kosten zu verurteilen. Die Beklagte ist dem entgegengetreten.

Die Vorinstanz hat Beweis darüber erhoben, von wem bisher die Reinigung der öffentlichen Straßen in Gelsenkirchen bewirkt worden, und welches örtliche Recht hierüber bestehe. Danach ist die Klage mit folgenden Gründen abgewiesen: An sich liege die Pflicht zur polizeimäßigen Reinhaltung nach § 3 des Gesetzes über die Polizeiverwaltung vom 11. März 1850, der Gemeinde ob. Es habe auch nicht, wie die Beklagte meine, durch die erlassenen Polizeiverordnungen — die erste derselben datiert nach Angabe der Beklagten vom 1. November 1873 — jene Pflicht auf die Anlieger übertragen werden können, da eine Polizeiverordnung sich nur innerhalb des Rahmens des bestehenden Rechts zu bewegen und dieses auszugestalten vermöge. Dagegen könne sich die Beklagte auf eine die Verpflichtung der Straßenanlieger zur Straßenreinigung hervorrufende Observanz berufen. Der dem gegenüber erfolgte Hinweis des Klägers darauf, daß eine Observanz sich nicht bilden könne durch eine Übung, welche nach der Meinung der Beklagten sich lediglich als die Folge eines irrtümlich als bestehend angenommenen Gesetzes darstelle, stehe der fraglichen Rechtsbildung nicht unbedingt entgegen. Es sei nicht ausgeschlossen, daß eine vielleicht ursprünglich rechtsirrtümlich entstandene Übung, z. B. eine solche, die sich auf an sich unzulässige Gebote einer Polizeiverordnung gründe, unter Umständen durch langjährige Befolgung zur verbindlichen Observanz werden könne. Hier liege die Sache nun so: Nach der Beweisaufnahme — das Er-

gebnis derselben ist im einzelnen dargelegt — hätten sich die Beteiligten Jahrzehnte hindurch den Anordnungen der Polizei gefügt, und nichts spreche dafür, daß sie dies getan aus Zwang oder, weil sie die Polizei zur Auferlegung der Reinigungslast für berechtigt gehalten, vielmehr rechtfertige sich, da es niemandem eingefallen, im Beschwerdewege oder im Verwaltungsstreitverfahren die in Rede stehenden Polizeiverordnungen anzufechten, die Annahme, daß jene Personen sich deshalb gefügt, weil sie sich überhaupt für verpflichtet gehalten und die Polizei nur für berechtigt erachtet hätten, die bereits observanzmäßig bestehende Verpflichtung zu regeln. Nun lasse sich aus apponierten Strafakten ersehen, daß schon im Jahre 1853 seitens des damals zuständigen Amtmanns in Wattenscheid eine die hier fragliche Reinigungspflicht der Anlieger festsetzende Verordnung erlassen worden. Aber nach den Aussagen des Zeugen F. und nach den Depositionen der Zeugen, welche sich auf die 1850er Jahre beziehen, liege vor, daß bereits seit 1847 jener Pflicht genügt worden, so daß durch jene Verordnung nicht neues Recht geschaffen, sondern nur bestehendes fixiert und ausgestaltet sei, wobei zu beachten, daß bei Entstehung einer Observanz ein bestimmter Mindestzeitraum nicht erforfordert werde. Der Umstand, daß die Verordnung erlassen, sei als Beweismittel für die damalige Existenz einer Observanz zu verwerten. Sollte aber ein zehnjähriger Zeitraum für die Entstehung einer solchen notwendig sein, so erscheine doch unter allen Umständen eine seit 1847 bestandene und durch 5 Jahrzehnte fortgesetzte Übung eine Observanz zu begründen geeignet.

Gegen diese Ausführungen ist zunächst mit der Revision geltend gemacht, daß sich gegenüber einer die Reinigungspflicht der Gemeinde festsetzenden gesetzlichen Bestimmung — und ein dementsprechender gesetzlicher Zustand sei auch schon vor Erlaß des Gesetzes vom 11. März 1850 vorhanden gewesen — eine Observanz des fraglichen Inhalts, da solche nicht gegen das Gesetz laufen dürften, nicht gebildet haben könne. Daß indes durch die in Betracht kommende Vorschrift jenes Gesetzes die anderweite Regelung der Reinigungspflicht, namentlich durch Observanz, nicht ausgeschlossen wird, hat das Reichsgericht schon ausgesprochen (vgl. Gruchot, Erläuterungen, Bd. 40 S. 1062). Hieran ist umsomehr festzuhalten, als die fragliche Gesetzesvorschrift nur die Pflicht der Gemeinden zur Tragung der durch die

Reinigung erwachsenden Kosten feststellt, danach aber eine derartig zwingende Bestimmung, welche die Bildung einer Observanz unmöglich machen würde, nicht in Frage steht (vgl. die Ausführungen von Jebens im preußischen Verw.-Bl. Jahrg. 18, S. 452).

Wenn die Revision sodann die Gründe des Berufungsgerichts für angreifbar erachtet, nach welchen, obgleich die Übungshandlungen der Beteiligten offenbar durch die in den Polizeiverordnungen enthaltenen Gebote beeinflußt worden, die Bildung der Observanz als geschehen erachtet ist, so kommt in Betracht: Einmal ist in einwandfreier Weise angenommen, daß das fragliche Gewohnheitsrecht in dem Zeitraum von 1847 bis 1853, als also eine bezügliche Polizeiverordnung noch nicht existierte, sich gebildet hat. Mit Rücksicht auf die für die in Rede stehende Observanz in Frage kommende geringe räumliche Ausdehnung einerseits und das häufige Vorkommen des zu regelnden Verhältnisses andererseits steht nämlich solcher Bildung die Kürze der Zeit nicht entgegen. Auch kann nicht angenommen werden, daß gesetzlich in der fraglichen Richtung ein Mindestzeitraum von 10 Jahren erforderlich ist. Das hier anzuwendende Allgemeine Landrecht enthält eine derartige Bestimmung ebensowenig wie das gemeine Recht. Ferner aber sind auch die Ausführungen des angefochtenen Urteils nicht zu beanstanden, nach denen auch die späteren Übungshandlungen als derartige erachtet werden, auf welche die Entstehung der Observanz zu stützen. Es ist auf das oben aus den Gründen Mitgeteilte hinzuweisen, wonach bei diesen Handlungen die Beteiligten von der Ansicht ausgegangen sind, daß sie nicht durch die Polizeiverordnungen zu deren Vornahme verpflichtet seien, daß jene vielmehr nur die schon observanzmäßig bestehende Last der Anlieger ausgestaltet hätten. Es ist nicht abzusehen, weshalb nicht durch eine derartig gestaltete Übung die Observanz habe zur Entstehung gelangen können. . . .

„Endlich ist eine Rüge auch nicht insoweit begründet, als geltend gemacht wird, daß nach den Polizeiverordnungen die Reinigung am Dienstag, Donnerstag und Sonnabend erfolgen müsse, daß aber die Zeugen, auf deren Aussagen die Entscheidung gestützt worden, nur von einer Reinigung am Sonnabend wüßten, und demgemäß dem Klagantrage, der jene, auf die Polizeiverordnungen gegründete Pflicht vom Kläger abwälzen wolle, zum Teil hätte stattgegeben werden müssen. Bei diesem Angriffe ist übersehen, daß, wenn wie hier die Reinigungspflicht

überhaupt als vorliegend festgestellt ist, die Ausübung dieser Pflicht im einzelnen der polizeilichen Festsetzung unterliegt." ...

---

107. Berechnung des Streitwerts, wenn vom Käufer auf Rückgängigmachung eines vom Verkäufer noch nicht erfüllten Kaufvertrags geklagt wird.
C.P.O. § 3.

V. Civilsenat. Beschl. v. 12. November 1902 i. S. H. S. (Kl.) w. A. G. (Bekl.). Beschw.-Rep. V. 219/02.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Aus den Gründen:

„Durch den jetzt angefochtenen Beschluß ist auf die Beschwerde des Klägers der Wert des Streitgegenstandes, der vom Prozeßgerichte erster Instanz auf 296564,80 ℳ festgesetzt war, anderweit auf 30000 ℳ festgesetzt worden. Gegen diesen Beschluß hat der Prozeßbevollmächtigte des Klägers gemäß § 12 der Gebührenordnung für Rechtsanwälte Beschwerde erhoben mit dem Antrage, unter Abänderung des angefochtenen Beschlusses den Streitwert auf 296564,80 ℳ festzusetzen. Die Beschwerde ist zulässig, konnte aber für begründet nicht erachtet werden.

Der Kläger hat nach Inhalt der Klage von dem Beklagten zwei Grundstücke für 196000 ℳ und 97500 ℳ gekauft, auf das Kaufgeld 6900 ℳ angezahlt und eine Hypothek von 10000 ℳ an Zahlungsstatt abgetreten, auch die Vertragskosten mit 3064,80 ℳ bezahlt, demnächst aber die Annahme der Auflassung wegen Mängel der gekauften Grundstücke verweigert, seinen Rücktritt vom Vertrage erklärt und durch Klage geltend gemacht. Der Antrag der letzteren ging einerseits auf Feststellung, daß Kläger zur Erfüllung des Kaufvertrags insbesondere zur Entgegennahme der Auflassung, Zahlung von 8350 ℳ Kaufgeld, Übernahme von Hypotheken in Höhe von 224250 ℳ und Eintragung des Restkaufgeldes von 44000 ℳ nicht verpflichtet sei, andererseits auf Rückzahlung bezw. Erstattung der vom

Kläger gezahlten 9964,80 ℳ (Kaufgeld), und Rückcession der Hypothekenforderung von 10000 ℳ.

Während nun das Oberlandesgericht bei Festsetzung des Streitwerts so verfahren ist, daß es demjenigen, was Kläger in dem zweiten Teile des Klagantrags in bestimmten Summen zurückfordert und erstattet verlangt, das Interesse hinzurechnet, welches der Kläger außerdem an der Nichterfüllung des Vertrags hat und dieses Interesse unter Anwendung des § 3 C.P.O. so hoch bemißt, daß dadurch der Wert des Streitgegenstandes auf 30000 ℳ sich erhöht, glaubt der Beschwerdeführer, daß, weil in dem ersten Teile des Klagantrags auch die einzelnen Leistungen aufgenommen sind, welche wegen der Unverbindlichkeit des Vertrags der Kläger einerseits nicht empfangen, andererseits nicht leisten will, die betreffenden Ansprüche in ihrer Gesamtheit zum Gegenstande des Rechtsstreits gemacht worden seien, und daß, insoweit sie auf ziffermäßige bestimmte Beträge lauten, zu einer Anwendung des § 3 C.P.O. kein Anhalt gegeben sei.

Dem kann nicht beigetreten werden. Die Rücktrittsklage geht als Leistungsklage in erster Linie auf Restitution des beiderseits oder, wie im vorliegenden Falle von einer Seite Geleisteten. Wird mit der Klage gleichzeitig oder allein die Feststellung oder Anerkennung der Unverbindlichkeit des Vertrags verlangt, so bildet insoweit die Rückgängigmachung des Vertrags den Gegenstand des Rechtsstreits und es ist dann der Wert des Streitgegenstandes gemäß § 3 C.P.O. nach freiem Ermessen nach dem Interesse zu bestimmen, welches der Kläger an der Rückgängigmachung des Vertrags hat. Dieses deckt sich, soweit der Vertrag noch unerfüllt ist, also Restitution nicht stattfindet, weder mit dem Werte der Sache, die der Käufer nicht erwerben, noch mit dem Kaufpreise, den er nicht zahlen will, kann vielmehr nur unter Gegenüberstellung beider bemessen werden. Darin kann auch nichts ändern, daß im vorliegenden Falle die nicht erfüllten wechselseitigen Ansprüche in den Klagantrag hineingezogen und das noch nicht gezahlte Kaufgeld, je nachdem es nach dem Vertrage bar zu zahlen, durch Übernahme von Hypotheken zu decken, oder auf den verkauften Grundstücken eingetragen werden sollte, ziffermäßig ausgeworfen ist. Die Aufnahme dieser Einzelansprüche in den Klagantrag ist gegenüber dem vorangeschickten Begehren, festzustellen, daß Kläger zur Erfüllung des Vertrags nicht verflichtet, völlig bedeutungslos und erscheint

schon deshalb nicht geeignet, den Gegenstand der Klage über den Anspruch auf Rückgängigmachung des Vertrags und Restitution des Geleisteten zu erweitern und somit die Wertfestsetzung zu beeinflussen. Die Beschwerde verkennt aber auch, daß der vom Kläger gestellte Klagantrag nicht bloß die einseitigen Verpflichtungen des Klägers, also insbesondere die Verpflichtung zur Zahlung und Verrechnung des Kaufpreises, sondern das ganze aus Leistung und Gegenleistung bestehende Rechtsverhältnis umfaßt. In einem solchen Falle, der wesentlich verschieden ist, von dem Falle, wo auf eine Leistung gegen Empfang der Gegenleistung geklagt wird, bildet keine der einander gegenüberstehenden Leistungen, also beim Kaufvertrage weder die verkaufte Sache noch die dafür zu zahlende Kaufsumme, an und für sich den Streitgegenstand, sondern das gesamte Rechtsverhältnis, aus welchem Kläger befreit sein will. In diesem Falle kann von einer Anwendung des § 6 C.P.O. keine Rede sein, es greift vielmehr die allgemeine Regel des § 3 a. a. O. Platz, wonach der Streitwert nach freiem Ermessen des Gerichts festzusetzen ist. Für dieses Ermessen ist (neben der Rückforderung des Geleisteten) das Interesse maßgebend, welches der Kläger an der Auflösung des Vertrags, also daran hat, daß er für den stipulierten Kaufpreis nicht zwei mit Mängeln behaftete und deshalb minderwertige Grundstücke zu übernehmen braucht."

---

108. Liegt in Ansehung der Gewährleistung eine Eigenschaft oder ein Fehler des verkauften Grundstücks vor (§ 459 B.G.B.), wenn es sich um diejenigen Bedingungen handelt, die noch zu erfüllen sind, damit das Grundstück nach den ortsstatutarischen Vorschriften bebauungsfähig werde?

V. Civilsenat. Urt. v. 15. November 1902 i. S. R. (Kl.) w. O. (Bekl.). Rep. V. 264/02.

I. Landgericht Breslau.
II. Oberlandesgericht daselbst.

Der Kläger hatte von dem Beklagten durch notariellen Vertrag vom 13. Juli 1900 ein in der Ohlauer-Vorstadt von B. belegenes

Grundstück für 62000 ℳ gekauft. Übergabe und Auflassung — letztere am 1. August 1900 — waren erfolgt. Das Grundstück grenzte mit keinem Teile an eine für den öffentlichen Verkehr und den Anbau fertiggestellte Straße; es hatte nur einen Privatzugang von der Lützowstraße her, der auf vertraglichen Abmachungen beruhen sollte. Gleichwohl hatte Kläger das Grundstück zum Zwecke der Bebauung gekauft. Er behauptete, er habe beim Abschluß des Vertrags vorausgesetzt, es sei ihm aber auch von dem Beklagten ausdrücklich zugesichert worden, daß die Stadtgemeinde eine öffentliche Straße, die das Grundstück mit der Lützowstraße und Löschstraße verbinden würde, anlegen und damit das Terrain der Bebauung erschließen werde, wofern er (Kläger) nur von dem Grundstück das zur Straßenanlage erforderliche Terrain der Stadt kostenlos und lastenfrei auflasse und die auf das Grundstück treffenden Straßenanlagekosten übernehme. Dies sei nun aber nicht der Fall; der Magistrat, an den er sich nach der Auflassung dieserhalb gewendet habe, habe es durch Schreiben vom 5. Juni 1901 endgültig abgelehnt, die Verbindungsstraße herzustellen; ihre Anlegung solle, wofern sich jemand dazu fände, einem Unternehmer überlassen werden, dessen Sache es sei, nicht bloß von dem hier in Rede stehenden Grundstücke, sondern von allen Grundstücken, die in die neue Straße einbezogen werden müßten, das für sie benötigte Terrain zu beschaffen und die sämtlichen Anlagekosten zu übernehmen. Dies seien Bedingungen für die Straßenanlage, mit denen beim Abschluß des Vertrags nicht gerechnet worden sei und durch die der Wert des Grundstücks auf etwa 3000 ℳ herabgedrückt werde. Der Beklagte hafte ihm aus der Gewährleistungspflicht; denn er habe das Gegenteil ausdrücklich zugesichert und außerdem sei das Grundstück zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche untauglich. Die Klage wurde in erster und zweiter Instanz abgewiesen. Auch die Revision hatte keinen Erfolg.

Aus den Gründen:

... „Entscheidend kommt gegen die Revision ein rechtlicher Gesichtspunkt in Betracht, der die Anwendbarkeit des § 459 Abs. 2 B.G.B. auf den vorliegenden Fall überhaupt ausschließt. Nach dieser Gesetzesvorschrift haftet der Verkäufer dafür, daß die Sache zur Zeit der Übergabe die zugesicherten Eigenschaften hat. Was unter einer Eigenschaft der Sache zu verstehen sei, hat das Gesetz nicht näher definiert,

und aus der bisherigen Rechtsprechung, die sich — z. B. für das preußische Recht im Anschluß an § 319 A.L.R. I. 5 — wiederholt vor dieselbe Frage gestellt sah,

vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 108 bei Anm. 14;
Eccius, Preuß. Privatrecht Bd. 1 § 85 bei Anm. 20,

ist eine den Eigenschaftsbegriff abschließende Definition nicht zu entnehmen. Einer solchen bedarf es auch für den vorliegenden Fall nicht; hier ist darüber zu entscheiden, ob eine „Eigenschaft" des Grundstücks auch dann zugesichert ist, wenn sich die Erklärung des Verkäufers auf diejenigen Bedingungen bezieht, welche noch erfüllt werden müssen, um dem Grundstück die Bebaubarkeit in rechtlichem Sinne zu beschaffen. Diese Frage ist zu verneinen. Gewiß gehört die Bebaubarkeit eines Grundstücks zu seinen Eigenschaften, dies wenigstens in dem Sinne, daß das Grundstück, wenn es als Bauland verkauft worden ist, seiner natürlichen Beschaffenheit nach zum Bebauen geeignet sein z. B. einen genügend sicheren Baugrund besitzen muß. Aber die natürliche Beschaffenheit ist es nicht, was man im Verkehr als „Baureife" zu bezeichnen pflegt; baureif nennt man im Verkehr ein Grundstück gewöhnlich erst dann, wenn der Bebauung auch rechtliche Hindernisse, namentlich die auf Grund des Gesetzes vom 2. Juli 1875 erlassenen ortsstatutarischen Bestimmungen oder andere Vorschriften des öffentlichen Rechts, welche die Baubefugnis betreffen, nicht entgegenstehen. Ob man auch die Baureife eines Grundstücks in diesem, also in rechtlichem Sinne zu seinen Eigenschaften zu rechnen hat, bedarf hier keiner Entscheidung; denn darüber waren die Parteien beim Kaufabschluß einig, daß das Grundstück baureif in diesem Sinne nicht sei. Die Zusicherung, um die es sich hier handelt, greift vielmehr dahinter: sie soll sich auf diejenigen Bedingungen beziehen, die noch zu erfüllen sind, damit den ortsstatutarischen Bestimmungen Genüge geschehen und das Grundstück auch in Ansehung ihrer zu einem bebaubaren werde. Damit ist der Kreis der Eigenschaften des Grundstücks überschritten. Es handelt sich nicht mehr um eine Beschaffenheit des Grundstücks, nicht mehr um etwas, was ihm in natürlicher oder rechtlicher Hinsicht anhaftet, sondern um eine rechtliche Beziehung, die mit dem Grundstücke selbst nichts zu tun hat und die daher auch nicht zu seinen Eigenschaften gerechnet werden kann. Daß gleichwohl der Verkäufer sich verpflichten

kann, dafür einzustehen, daß das Grundstück nach Erfüllung gewisser Bedingungen baureif auch in rechtlichem Sinne sein werde, versteht sich von selbst. Es kann dies in Form einer Garantieübernahme geschehen (vgl. dazu Planck, Note 2 zu § 460 B.G.B.) oder der Kaufvertrag kann unter der entsprechenden Bedingung geschlossen werden. Um beides handelt es sich hier nicht. Hier ist in Frage, ob eine Eigenschaft des Grundstücks zugesichert worden ist, wenn der Verkäufer erklärt hat, daß das Grundstück nach Erfüllung gewisser Bedingungen der Bebauung erschlossen und damit baureif auch in rechtlichem Sinne werden werde, und diese Frage ist zu verneinen.

Damit entfällt die Anwendbarkeit des § 459 Abs. 2 B.G.B.

Die Revision nimmt für sich aber auch den Abs. 1 daselbst in Anspruch. Sie meint, das Grundstück sei, auch wenn von einer zugesicherten Eigenschaft nicht gesprochen werden könne, mit einem Fehler behaftet gewesen, der seine Tauglichkeit zu dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufhebe. Auch dies ist nicht richtig. Zugegeben mag der Revision werden, daß beide Kaufkontrahenten beim Abschluß des Vertrags angenommen haben, das Grundstück werde in der gewöhnlichen Weise der Bebauung zugänglich gemacht werden, nämlich in der Weise, daß die Stadtgemeinde den Bau der Straße, durch die das Terrain der Bebauung erschlossen werden sollte, gegen die herkömmliche und im Ortsstatut geregelte Inanspruchnahme der Anlieger übernehmen würde. Aber wenn dies nicht der Fall war, die Parteien sich also in dieser Annahme täuschten, so ist dies nicht ein Fehler des Grundstücks. Nicht das Grundstück zeigt eine Beschaffenheit, an der es läge, daß die Erwartung der Parteien nicht eingetroffen ist, sondern die Parteien haben in ihre Spekulation einen unsicheren Faktor eingestellt, der hinterher nicht so ausgeschlagen ist, wie sie erwartet hatten. Auf einen solchen Fall bezieht sich § 459 Abs. 1 nicht; er spricht von Fehlern, mit denen die Sache „behaftet ist". Von einem Behaftetsein der Sache ist aber nicht die Rede, wenn der Fehler in der Spekulation der Parteien liegt." ...

109. Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit von Verträgen, für welche durch Gesetz eine Form vorgeschrieben ist, hinsichtlich des Zeitpunktes der Willenseinigung.

B.G.B. §§ 125. 128. 154.

VII. Civilsenat. Urt. v. 18. November 1902 i. S. S. (Kl.) w. preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. VII. 277/02.

I. Landgericht Stargard i. P.
II. Oberlandesgericht Stettin.

Zum Zweck der Herstellung einer Eisenbahn von Kallies nach Falkenburg wurde eine Anzahl von Grundstücken in der Gemarkung K. enteignet. Der Kreis D. hatte sich der Eisenbahn gegenüber verpflichtet, die für den Bahnbau entstehenden Grunderwerbskosten, soweit die Bahn den Kreis durchschneide, zu tragen. Im Mai 1901 fand vor dem Enteignungskommissar ein Termin statt, in welchem mehrere der beteiligten Grundeigentümer, ein Vertreter der Eisenbahn und auch der Landrat des Kreises D. erschienen. Mit den einzelnen Grundeigentümern wurde der Reihe nach verhandelt. Unter Nr. 11 des Protokolls fand sich folgender Vermerk: „F. S. (der Kläger). Unter Zugrundelegung eines Kaufpreises von . . . einigten sich Parteien auf eine Gesammtentschädigung von 6500 . . . F. S." Alsdann wurde unter Nr. 12 noch mit einem Grundstückseigentümer F. verhandelt. Der Vertreter der Eisenbahn und der Landrat gaben eine Erklärung hinsichtlich des Beginns des Zinsenlaufs ab. Am Schlusse des Protokolls fand sich folgender Satz: „Der Landrat macht für seine Erklärungen den Vorbehalt, daß der Kreisausschuß seine Erklärungen genehmigt." Danach wurde das Protokoll vollzogen. Der Kreisausschuß versagte die Genehmigung. Kläger, der nur mit der Eisenbahn kontrahiert zu haben und bei Abgabe der Vorbehaltserklärung des Landrats nicht mehr gegenwärtig gewesen zu sein behauptete, klagte auf Feststellung der Rechtsverbindlichkeit der Einigung. Beklagter wendete ein, auch sein Vertreter habe seine Erklärungen nur unter dem Vorbehalt abgegeben, daß der Kreisausschuß seine Zustimmung erteile. In erster Instanz wurde die Klage abgewiesen. Die Berufung blieb erfolglos. Auch die Revision ist zurückgewiesen worden aus folgenden

Gründen:

„Die Feststellungen des Berufungsrichters lassen die getroffene Entscheidung als gerechtfertigt erscheinen.

Nach ihnen war vertragschließende Partei dem Kläger gegenüber allerdings nur der Beklagte, er schloß den Vertrag im eigenen Namen und wollte nur sein Vermögen mit den aus demselben entstehenden Verbindlichkeiten belasten. Interessiert am Ergebnisse der Vertragsverhandlungen aber war der Kreis D., welcher sich dem Beklagten zur Übernahme der für den Bahnbau Kallies-Falkenburg nötigen Grunderwerbskosten, soweit die Bahn den genannten Kreis durchschneidet, verpflichtet hatte. Das zwischen ihm und dem Beklagten bestehende Vertragsverhältnis konnte eine Verantwortlichkeit des Beklagten gegen ihn in der Weise zur Folge haben, daß, wenn der Beklagte den Grundeigentümern höhere Entschädigungen, als voraussichtlich durch Urteil festgestellt sein würden, bewilligte, der Kreis die Erstattung des Mehrbetrags abzulehnen befugt war. Wurden etwa in Anlaß hiervon Vertreter des Kreises zu den Vertragsverhandlungen zugezogen und griffen sie tatsächlich in dieselben ein, so brauchte aber daraus nicht geschlossen zu werden, daß nun die Stellung des Kreises sich geändert hätte, vielmehr konnte dem Willen desselben ein entscheidender Einfluß in der Weise eingeräumt werden, daß der Beklagte erst, nachdem der Kreis sich mit einer Entschädigung in bestimmter Höhe einverstanden erklärt hatte, sie bewilligte und daß, wenn die Vertreter des Kreises ihr Einverständnis von der Genehmigung des Kreisausschusses abhängig machten, er eben diese Tatsache zu einer Bedingung des zwischen ihm und den Grundeigentümern einzugehenden, aber immer von ihm als alleinigem Gegenkontrahenten jener zu schließenden Vertrags erhob.

Der Berufungsrichter läßt demgemäß ausschlaggebend sein, ob, wie Kläger behauptet, tatsächlich ein unbedingter Vertrag rechtsgültig zum Abschluß gelangt, oder ob der Vertrag unter der angegebenen Bedingung geschlossen ist, oder ob es an einer rechtsgültigen Willenseinigung überhaupt fehlt. Er nimmt an, daß der Vertreter des Beklagten die Vorbehaltserklärung des Landrats auch für den durch seine Unterschrift zu schließenden Vertrag mit dem Kläger hat für maßgebend erklären wollen, daß er seine Erklärung über die Einigung auf eine bestimmte an den Kläger zu zahlende Entschädigung von der

vom Landrat vorbehaltenen Genehmigung des Kreisausschusses abhängig gemacht hat. Hieraus schließt er, daß, da der Vertrag erst durch die Vollziehung der Unterschrift des Vertreters des Beklagten zustande kam, die Parteien, wenn der Kläger von dem Vorbehalt des Vertreters des Beklagten bis zur Unterschrift des Protokolls durch diesen keine Kenntnis hatte, nicht über alle Punkte des Vertrags, über welche nach der Erklärung des Vertreters des Beklagten eine Vereinbarung getroffen werden sollte, einig waren, der Vertrag also nach § 154 B.G.B. nicht geschlossen, im anderen Falle aber hinfällig geworden war, weil die Genehmigung des Kreisausschusses versagt ist.

Soweit diese Erwägungen tatsächlicher Art sind, unterliegen sie einer Nachprüfung in gegenwärtiger Instanz nicht, auch ist die ihnen gegebene nähere, insbesondere das Verhalten des Landrats in der Verhandlung und das Abkommen zwischen dem Kreise und dem Beklagten berücksichtigende Begründung rechtlich nicht zu beanstanden. Die Revision weist auf den Unterschied in den Eingangsworten der letzten Absätze des Protokolls hin, allein wenn in dem die Zinsen betreffenden Satze „der Vertreter der Eisenbahn und der Landrat" als erklärende Personen aufgeführt sind, während der Vorbehalt der Genehmigung des Kreisausschusses nur den Inhalt einer Erklärung „des Landrats" bildet, so findet dies seine Ursache schon darin, daß nur der Landrat in einer unmittelbaren Beziehung zum Kreisausschusse stand, und schließt nicht aus, daß der Beklagte sich die Erklärung des Landrats, wenn auch nicht mit ausdrücklichen Worten, angeeignet und demgemäß nur bedingt abgeschlossen hat; die Zuziehung des Landrats würde sonst auch wertlos für ihn gewesen sein. Muß nun mit der tatsächlichen Möglichkeit gerechnet werden, daß, als die Erklärung des Landrats und die Stellungnahme des Beklagten zu ihr erfolgte, Kläger nicht mehr anwesend war, so ist damit eine Grundlage für einen dem Kläger günstigen Schluß doch nicht gegeben. Nimmt man nämlich sogar weiter an, daß der Satz Nr. 11 des Protokolls „F. S.", laut dessen die „Parteien" sich auf eine Gesamtentschädigung von 6500 ℳ geeinigt haben, im Sinne einer beiderseits bedingungslosen Willenseinigung aufzufassen ist, indem etwa auch der Landrat, was streitig ist, im damaligen Stadium der Verhandlung eine die Genehmigung des Kreisausschusses vorbehaltende Erklärung noch nicht abgegeben hatte, so ist der genannte Teil des Protokolls

doch nur vom Kläger, nicht vom Beklagten, durch Unterschrift vollzogen, dem Erfordernisse der Schriftlichkeit also nicht genügt.

Die Revision führt hier aus:

Wenn auch nach Art. 12 §§ 1. 2 des preußischen Ausführungsgesetzes vom 20. September 1899 zum Bürgerlichen Gesetzbuchs die schriftliche Form genügt haben würde, so hätten doch die Parteien die der gerichtlichen Form gleichstehende Beurkundung durch den Enteignungskommissar gewählt und es sei der in der Unterschrift nach mündlicher Einigung liegende Antrag des Klägers von dem Beklagten ohne Einschränkung angenommen und dadurch der gerichtliche Vertrag gemäß § 128 B.G.B. zustande gekommen. Dieser Tatsache und dem § 116 a. a. O. gegenüber könnten die Feststellungen des Berufungsgerichts nicht genügen und ebensowenig seien die Voraussetzungen des § 154 mangels einer Erklärung des Vertreters des Beklagten an den Kläger gegeben.

Der Angriff konnte Erfolg nicht haben. Gewiß hätte es genügt, wenn eine bedingungslose Einigung in einer dem § 26 des Enteignungsgesetzes entsprechenden Form zustande gekommen wäre, dies muß aber nach Maßgabe der vom Berufungsrichter getroffenen Feststellungen verneint werden. Die Formerfordernisse des § 26 sind insofern strenger als die der Schriftlichkeit, als nach ihnen die Vollendung der Form erst mit der Vollziehung des Protokolls durch den Enteignungskommissar erfüllt ist. Der Erklärung des Beklagten fehlte also, als Kläger seine Unterschrift gab, noch die bindende Kraft, sie erlangte erst Bedeutung, falls sie zu der Zeit, als die Vollendung der urkundlichen Form erfolgte, noch aufrecht erhalten wurde und bestand, denn darin liegt das Wesen eines die Gültigkeit eines Vertrags bedingenden gesetzlichen Formerfordernisses, daß vor seiner Erfüllung der erklärte Wille nicht bindend ist und nur der im Augenblick der Erfüllung vorhandene Wille entscheidet. Nach den Feststellungen des Berufungsrichters aber ist der etwa erklärte unbedingte, aber an sich nicht bindende Wille des Vertreters des Beklagten nicht aufrecht erhalten, sondern durch einen bedingten ersetzt. Ohne Belang ist, ob der Kläger alsdann noch anwesend war und ob die bedingte Erklärung ihm gegenüber abgegeben ist oder nicht, denn entscheidend ist allein das negative Moment; die etwaige bedingungslose Willenserklärung ist im Hinblick auf das Fehlen des Formerfordernisses überhaupt nicht

maßgebend. Der § 128 B.G.B. trifft hier nicht zu, er hat die successive selbständige Beurkundung zweier Vertragserklärungen zum Gegenstande, die aber kongruent sind, indem das Angebot und die Annahme einander entsprechen, hier aber richtete der Kläger seine Proposition auf einen bedingungslosen Vertrag, während die Annahmeerklärung des Beklagten in ihrer dem Formerforderniſſe genügenden Gestalt auf einen nur bedingten ging. Die Divergenz betraf auch nicht, wie die Revision weiter ausführt, ein bloßes Accidentale, sondern die Existenz des Vertrags. Der Beklagte wollte für einen bestimmten Fall den Vertrag überhaupt nicht. Eines Zurückgehens auf die den Zweifelsfall betreffende Bestimmung im Absatz 1 Satz 1 des § 154 B.G.B. bedarf es hier nicht, und es ist nicht der besondere Nachweis erforderlich, daß über die Frage der Bedingtheit oder Unbedingtheit des Vertrags nach dem Willen der Parteien eine Einigung hat erfolgen sollen."

Register.

Die beigesetzten Zahlen beziehen sich auf die Seiten.

A. Sachregister.

A

Abkömmlinge.
„S. Unterhaltspflicht".

Abtretung; kann der Cedent, solange der Schuldner der abgetretenen Forderung nichts von der Abtretung weiß, durch Handlungen, die er in eigenem Namen als Gläubiger vornimmt, die Rechtslage des Cessionars verbessern, insbesondere accessorische Rechte für diesen erwerben? . . 181

Aktien; ist das Versprechen der Lieferung von A. einer Aktiengesellschaft, die keine Aktienurkunden hatte herstellen lassen, als Versprechen einer unmöglichen Leistung anzusehen? . . 417

Aktiengesellschaft; kann die Generalversammlung einer A. die Ausgebung von Vorzugsaktien ohne Erhöhung des Grundkapitals mit der Maßgabe gültig beschließen, daß den Aktionären der Erwerb dieser Aktien gegen Einlieferung von Stammaktien zu einem höheren Nennwerte und Zuzahlung eines Geldbetrages freistehen, bei den Aktien diejenigen Aktionäre aber, die das Bezugsrecht nicht ausüben, eine Zusammenlegung in ungünstigerem Verhältnis stattfinden soll? 287

Amtshandlungen, Verfolgung wegen A.
„S. Elsaß-Lothringen".

Anfechtung einer Ehe; Begriff der persönlichen Eigenschaften im Sinne des § 1333 B.G.B. 306

— von Rechtshandlungen im Konkurse; Fortsetzung eines Anfechtungsprozesses wegen der Kosten durch den bisherigen Gemeinschuldner nach Aufhebung des Konkursverfahrens . 330
S. auch „Klagänderung".

— von Rechtshandlungen außerhalb des Konkurses; allgemeine Voraussetzungen 334

— kann sie wirksam durch eine Erklärung erfolgen, die außerhalb eines Prozeßverfahrens dem Anfechtungsgegner gegenüber abgegeben wird? 334

— genügt es, daß sie in einem

vorbereitenden Schriftsatze erklärt und dieser dem Prozeßbevollmächtigten des Anfechtungsgegners zugestellt wird? . . . 334

Arme.
S. „Vermächtnis".

Aufbewahrung fremder Wertpapiere; geht im Falle der Ausstellung eines dem ganzen Inhalt des § 2 des Depotgesetzes entsprechenden Ermächtigungsscheins bei Hinterlegung oder Verpfändung von Wertpapieren das Eigentum an diesen ohne weiteres auf den Verwahrer oder Pfandgläubiger über? 202

Aufnahme des Verfahrens; kann diese in der mündlichen Verhandlung erklärt werden? . . 347

Aufrechnung; kann der Wechselschuldner gegen seine Wechselschuld mit der Forderung an den Wechselgläubiger auf Gewährung vertraglich zugesicherter Barvorschüsse aufrechnen? . . 303

Aufrechnungseinrede.
S. „Vorabentscheidung".

Aufsichtspflicht; ist die A. des Lehrherrn über den Lehrling auf dessen Verhalten im Betriebe des Gewerbes beschränkt? . . . 69

— ist die A. über Minderjährige von der Aufsichtsbedürftigkeit des Einzelnen bedingt? . . . 69

— Umfang der A. . . . 69

Auftrag.
S. „Börsenterminegeschäfte".

Auskunft, unrichtige; unter welchen Umständen läßt sich, wenn ohne vorher begründetes Vertragsverhältnis fahrlässigerweise eine u. A. erteilt worden ist, ein vertragsmäßiger Anspruch auf Schadensersatz begründen? 365

Ausländervorschuß.
S. „Gerichtskosten".

B

Bankier.
S. „Vertreter".

Beamte.
S. „Betriebsunfall".

Bergrecht; ist die „vollständige Entschädigung", welche der Bergwerksbesitzer für vorübergehende Abtretung verpachteter Grundstücke zu leisten hat, nach der Höhe des Pachtzinses zu bemessen? 206

Besitz.
S. „Inbegriff von Sachen".

Betriebsunfall; Begriff eines im Dienste erlittenen B.s im Sinne des Reichsgesetzes, betr. die Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes . . . 76

Beweislast.
S. „Wechsel".

Binnenschiffahrt.
S. „Frachtvertrag".

Börsenterminegeschäfte; fällt der Auftrag zur Bürgschaftsleistung und Verpfändung für B. unter den § 66 Abss. 2. 3 des Börsengesetzes? 362

— kann der Beauftragte aus der Ausführung eines solchen Auftrags einen Ersatzanspruch gegen den Auftraggeber herleiten? 362

Börsenterminhandel; können als B. im Sinne des § 50 Abs. 2 des Börsengesetzes auch Terminge-

schäfte über Kurze gelten, die an keiner Börse gehandelt werden? 178

Briefhypothekforderung.
S. „Prozeßkosten".

Bürgschaft.
S. „Börsentermingeschäfte".

C

Cession.
S. „Abtretung".

D

Darlehen; Unterschied zwischen Rücktritt vom Darlehensvertrage und vorbehaltener vorzeitiger Zurückforderung des D.s? . . . 5

Deckungskauf vor Ablauf der Lieferungsfrist.
S. „Kauf".

Depotgesetz.
S. „Aufbewahrung fremder Wertpapiere".

Differenzgeschäft; können als Kassageschäfte sich darstellende Geschäfte Differenzgeschäfte sein? 250. 254

E

Ehe.
S. „Anfechtung".

Eigentum; Erwerb des E.s durch einen von einem Vertreter im Namen des Vertretenen mit sich selbst im eigenen Namen geschlossenen Vertrag? . . 130

Eigentümergrundschuld.
S. „Hypothek".

Eigentümerhypothek.
S. „Hypothek".

Einrede.
S. „Hypothek".

Einstweilige Verfügung; ist eine e. V. zur Sicherung des dinglichen Rechts des Hypothekengläubigers auf die Mieten des belasteten Grundstücks zulässig? 138

— liegt eine Gefährdung des hypothekarischen Rechts schon darin, daß über das Vermögen des Eigentümers des belasteten Grundstücks der Konkurs eröffnet ist? 138

S. auch „Revision".

Eisenbahnunternehmen.
S. „Haftpflicht".

Elektrische Anlage.
S. „Telegraphenwesen".

Elsaß-Lothringen; besteht zur Zeit in E.-L. ein oberster Verwaltungsgerichtshof im Sinne des § 11 Abs. 2 Ziff. 2 Einf.-Ges. zum G.V.G., und ist insbesondere der Kaiserliche Rat in E.-L. als solcher anzusehen? . . 107

— bestehen zur Zeit in E.-L. landesgesetzliche Bestimmungen, nach welchen die Verfolgung der Landesverwaltungsbeamten wegen Amtshandlungen an die im § 11 Abs. 2 Einf.-Ges. zum G.V.G. vorgesehene Entscheidung gebunden ist? 107

Enteignungsverfahren; Erfordernisse der Zustellung im E. (Preuß. Recht) 11

Erfindungsbesitz; muß der E. im Sinne des § 5 Abs. 1 des Patentgesetzes vom 7. April 1891 ein selbständiger, in eigenem Interesse ausgeübter gewesen sein? 90

Erfüllungsort.
S. „Gerichtsstand".

Erfüllungsverweigerung, zum voraus erklärte.
S. „Kauf".

F

Fischerei; ist der § 43 des preuß. Fischereigesetzes ein auf Schadensverhütung abzielendes Polizeigesetz im Sinne des § 26 A.L.R. I. 6? 297
— erstreckt sich der in § 43 Abs. 1 des genannten Gesetzes gegebene Schutz fremder Fischereirechte auch auf gefangene Fische? auch auf Fische, die in einem anderen Fischereigebiet gefangen waren? . 297
Fluß, öffentlicher; Begriffsmerkmale des ö. F. . . . 379
— Natur des Rechts des Anliegers eines ö. F. zur Ableitung von Abwässern und Abwurfstoffen in diesen 379
— besteht ein Anspruch auf Entschädigung im Falle der Aufhebung dieses Rechts durch die Ortsgemeinde? . . . 380
Form; gesetzliche, der Rechtsgeschäfte; kann auf Grund einer nur mündlich gemachten Zusicherung gewisser Eigenschaften eines in der Form des § 313 Satz 1 B.G.B. verkauften, an den Käufer noch nicht aufgelassenen Grundstücks vom Käufer die Wandelung verlangt werden, wenn jene Eigenschaften fehlen? 1
— Voraussetzungen für die Rechtsgültigkeit von Verträgen, für die durch Gesetz eine F. vorgeschrieben ist, hinsichtlich des Zeitpunktes der Willenseinigung . . 433
Frachtvertrag; Haftung des Verfrachters für Unfälle, von denen die Ladung beim Entlöschen des Binnenschiffs betroffen wird? 395
Frachtvertrag; Zulässigkeit und Tragweite von Konnossementsklauseln, wodurch die Haftung des Verfrachters für seine Leute eingeschränkt wird . . . 395
— inwieweit ist die Feststellung des Zustands des Frachtgutes durch gerichtlich ernannte Sachverständige notwendig für die Geltendmachung von Schadensansprüchen des Befrachters? . . . 396
Freiwillige Gerichtsbarkeit.
S. „Kosten".
Fristbestimmung; Voraussetzung für das Verlangen der F. im Urteil auf Grund des § 255 C.P.O. 262
Fütterungskosten; ist der neben dem Wandelungsanspruch auf Grund des § 488 B.G.B. geltend gemachte Anspruch auf Ersatz von F. eine Nebenforderung im Siune des § 4 Abs. 1 C.P.O.? 164

G

Gebäude; Ablösung von Teilen eines G.s im Sinne des § 836 B.G.B. 236
Gebühren der Zeugen und Sachverständigen.
S. „Konsulargerichtsbarkeit".
Gefährdung.
S. „Einstweilige Verfügung".
Gehaltsentziehung; sind die auf Grund des § 8 des preuß. Gesetzes vom 21. Juli 1852, betr. Dienstvergehen der nicht richterlichen Beamten, ergangenen Entscheidungen über G. für die Be-

urteilung der vor den Gerichten geltend gemachten Gehaltsansprüche maßgebend? . . 20

Geisteskrankheit.
S. „Pflegschaft".

Gerichtskosten; wie sind bei erhobener Widerklage die Gebühren in der Jahresrechnung — § 94 Ziff. 1 G.K.G. zu — berechnen? 197
— bezieht sich die Befreiungsvorschrift des Art. 11 des Haager Abkommens zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts vom 14. November 1896 auch auf den Ausländervorschuß des § 85 Abs. 1 G.K.G.? 266

Gerichtsstand; wo ist der G. des Erfüllungsorts begründet, wenn aus der verlangten Aufhebung eines Vertrags verschiedene, an sich an verschiedenen Orten zu erfüllende Klagansprüche geltend gemacht werden? . . . 54
— begründet der Vermerk „Erfüllungsort Berlin" auf der gleichzeitig mit der Ware übersandten Faktura dann die örtliche Zuständigkeit der dortigen Gerichte für die Klage gegen den auswärtigen Käufer, wenn in dem früheren Geschäftsverkehr der Parteien die dem Käufer übersandten und von ihm ohne Vorbehalt angenommenen Fakturen denselben Vermerk enthalten hatten? 133
— kann die örtliche Zuständigkeit des Gerichts auch auf Tatumstände gestützt werden, die erst nach der Zustellung der Klageschrift eingetreten sind? 136
— ist für die Klage auf Minderung einer rechtskräftig zuerkannten Rente der G. des § 767 C.P.O. begründet? 344
S. auch „Klagänderung"; „Vormerkung".

Gesamtschuldner.
S. „Konkurs".

Geschehenlassen; zum Begriff des G.s im Sinne des § 43 A.L.R. I. 22 (betr. das Aufhören von Grundgerechtigkeiten) . . 79

Gesellschaft; kann der Anspruch auf Rechnungslegung aus einem G.sverhältnisse von dem Gesellschafter an einen Dritten abgetreten werden? 35

Gewährleistung wegen Mängel; liegt eine Eigenschaft oder ein Fehler des verkauften Grundstücks vor, wenn es sich um die „Baureife" des Grundstücks handelt? 429
S. auch „Zusicherung"; „Form, gesetzliche, der Rechtsgeschäfte".

Gewerbeordnung; Tragweite der im Art. 6 Ziff. 1 des Gesetzes, betr. die Abänderung der G.O., vom 26. Juli 1897 getroffenen Übergangsvorschrift über die Anwendung des Gesetzes auf bestehende Innungen, insbesondere hinsichtlich der Innungskrankenkassen 209

Grundgerechtigkeiten.
S. „Geschehenlassen".

Grundstücke; Tragweite der Formvorschrift des § 313 B.G.B. 273

H

Haftpflicht; haftet, wenn mehrere ein Eisenbahnunternehmen gemeinschaftlich betreiben, jeder von ihnen als Gesamtschuldner für

Ansprüche Dritter aus § 1 des Haftpflichtgesetzes vom 7. Juni 1871? 144

Haftpflicht; Stellung des preußischen Eisenbahnfiskus bezüglich der unter die preußisch-hessische Eisenbahngemeinschaft fallenden Großherzoglich hessischen Straßeneisenbahnen 144

Handlungsreisender; kann der Abschluß eines Geschäfts durch einen H. wegen der außergewöhnlichen Größe der damit übernommenen Lieferungspflicht als außerhalb der Grenzen der Vollmacht eines Reisenden liegend erachtet werden? 89

Hypothek; kann der Hypothekenschuldner sich dem eingetragenen Gläubiger gegenüber verpflichten, die Hypothek löschen zu lassen, sobald und soweit sie Eigentümergrundschuld werden sollte? . 5

— Zulässigkeit von Einreden gegen das Verfügungsrecht des Klägers aus der Person seines Rechtsurhebers gegenüber der Klage aus einer H. 101

— wird der Hypothekengläubiger, wenn das eingetragene Darlehn nicht gegeben und deshalb die Hypothek vom Eigentümer erworben ist, dadurch an der Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs verhindert, daß die Hypothek zu gunsten eines Dritten gepfändet und diesem überwiesen ist? 257

— liegt eine Verschlechterung des Grundstücks oder nur die Besorgnis einer solchen vor, wenn der Eigentümer es unterläßt, die Versicherung der Gebäude gegen Feuersgefahr zu erneuern? 295

Hypothek; erwirbt der Gläubiger eine Briefhypothek, die auf den Anteilen mehrerer Miteigentümer eines Grundstücks eingetragen ist, nur dann, wenn sämtliche Miteigentümer ihm den Hypothekenbrief übergeben? . . . 360

S. auch „Kautionshypothek".

Hypothekengläubiger.

S. „Einstweilige Verfügung".

J

Jagdrecht; ist der Erwerber eines zusammenhängenden Areals von wenigstens 300 Morgen Flächeninhalt auf Grund des § 3 lit. a des Jagdgesetzes vom 7. März 1850 mit dem Augenblicke der Erwerbung trotz eines laufenden, das Areal umfassenden Pachtvertrags unter Ausschluß des Pächters sofort zur Ausübung der Jagd berechtigt? . . 126

Jagdpachtrecht.

S. „Jagdrecht".

Jahresrechnung (§ 94 Ziff. 1 G.-K.G.).

S. „Gerichtskosten".

Inbegriff von Sachen; Voraussetzungen der Übertragung des Eigentums, der Begründung eines Pfandrechts, der Begründung eines kaufmännischen Zurückbehaltungsrechts an einem Teil eines J. v. S., die sich im unmittelbaren Besitz eines Dritten befinden 385

Inkassomandatar.

S. „Rechtskraft des Urteils".

Innungen.

S. „Gewerbeordnung"; „Innungskrankenkassen".

Innungskrankenkassen; rechtliche Stellung und Verantwortlichkeit der zur Abwicklung der Geschäfte der Krankenkasse einer aufgelösten Innung bestellten Liquidatoren 209

K

Kassageschäfte.
S. „Differenzgeschäft".

Kauf; kann der Käufer neben der Wandelung auch Schadensersatz vom Verkäufer verlangen? 18

— steht dem Verkäufer noch der Anspruch auf Erfüllung zu, wenn er dem Käufer wegen angeblichen Verzugs unter Setzung einer demnächst fruchtlos verstrichenen Nachfrist erklärt hat, er werde nach Ablauf der Frist die Erfüllung nicht mehr annehmen, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung fordern? 92

— ist der Käufer, wenn der Verkäufer sich in Erfüllungsunmöglichkeit gesetzt oder die Annahme der dem Käufer obliegenden Erfüllung abgelehnt hat, befugt, das angezahlte Kaufgeld nebst Zinsen seit der Zahlung zurückzufordern? 92

— kann der Käufer im Falle zum voraus erklärter ernstlicher Erfüllungsverweigerung des Verkäufers vor Ablauf der Lieferungsfrist seinen Willen erklären, sich, wenn der Verkäufer auf seiner Weigerung bestehe und danach bei Verfall nicht leiste, auf eine spätere Erfüllung nicht einzulassen, sondern Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu fordern? 150

Kauf; unter welchen Voraussetzungen kann der Käufer einen Deckungskauf vor Ablauf der Lieferungsfrist vernehmen? . . . 150

— hat der Verkäufer einen Mangel im Recht auch dann zu vertreten, wenn der Käufer den Mangel gekannt, sich aber über dessen rechtliche Tragweite geirrt hat? 167

— muß bei einem Grundstückskauf die Kenntnis des Käufers von dem Mangel im Rechte sich aus der Vertragsurkunde ergeben, wenn der Verkäufer von der Vertretung befreit sein soll? 273

— kann der Käufer, wenn auf Grund eines ihm beim Kaufabschluß bekannten Rechts eines Dritten letzterer sich im Besitze eines Grundstücksteils befindet, von dem Verkäufer besitzfreie Übergabe verlangen? . . 273

— kann der Käufer, der Eigentümer des gekauften Grundstücks geworden ist, falls ein Dritter auf Grund eines gegen den Käufer nicht verfolgbaren Rechts sich im unmittelbaren Besitze befindet, vom Verkäufer als mittelbarem Besitzer Abtretung des Anspruchs auf Herausgabe des Grundstücks verlangen? . 274

— ist im Fall des § 480 Abs. 2 B.G.B. der Käufer berechtigt, den Kaufvertrag in seiner Gesamtheit als nicht erfüllt anzusehen und demgemäß eine nachträgliche Vertragserfüllung des Verkäufers abzulehnen, oder ist er dazu nur berechtigt, wenn er am Behalten

der gelieferten mangelhaften Sache kein Interesse hat? . . 352 S. auch „Form, gesetzliche, der Rechtsgeschäfte"; „Zusicherung".

Kautionshypothek; was ist aus der K. des preußischen Rechts beim Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts geworden? . 59

— geht eine unter der Herrschaft des bisherigen Rechts eingetragene K. mit dem Inkrafttreten des neuen Liegenschaftsrechts auch insoweit auf den Eigentümer des Grundstücks über, als sie über einen Betrag bestellt worden war, den die ihrer Höhe nach begrenzte sicherzustellende Forderung überhaupt nicht erreichen konnte? 111

— welche Rechtsfolgen treten ein, wenn bei einer K. des bisherigen preußischen Rechts zu der Zeit, in welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist, Forderungen für welche die Hypothek haftet, zu einem bestimmten Betrage entstanden sind, Forderungen aber in Höhe des überschießenden Betrages der Hypothek nicht mehr entstehen können? . . . 411

Klagänderung; liegt eine K. vor, wenn in einem Anfechtungsprozesse der klagende Konkursverwalter, welcher in erster Instanz beantragt hatte, eine vom Gemeinschuldner bestellte Hypothek den Konkursgläubigern gegenüber für unwirksam zu erklären und demgemäß den Beklagten zur Einwilligung in deren Löschung zu verurteilen, in der Berufungsinstanz an die Stelle des letzten Teils des Antrags das Verlangen treten läßt, den Beklagten zu einer dahingehenden Einwilligung zu verurteilen, daß der Erlös aus der Zwangsversteigerung der verpfändeten Grundstücke an Stelle des Beklagten den Konkursgläubigern zugeteilt werde? 82

Klagänderung; Erheblichkeit dieser Frage für die örtliche Zuständigkeit 83

Knappschaft; sind die zu den K.skassen zu leistenden Beiträge des Werksbesitzers und der Arbeiter öffentliche Abgaben im Sinne des Gesetzes vom $\frac{18. \text{ Juni } 1840}{12. \text{ April } 1882}$? . 29

— ist für die Klage auf Rückzahlung unter Vorbehalt gezahlter K.skassenbeiträge der Rechtsweg eröffnet, und ist die Klage an die sechsmonatige Ausschlußfrist des Gesetzes vom 24. Mai 1861 § 9 gebunden? 29

— verjährt die Rückforderungsklage des Werksbesitzers auch dann in der kurzen Frist des § 5 des Gesetzes vom $\frac{18. \text{ Juni } 1840}{12. \text{ April } 1882}$, wenn die Nichtentrichtung der Beiträge auf einem Verschulden des Werksbesitzers beruhte? 29

Körperschaften des öffentlichen Rechts; Abgrenzung der Haftung einer solchen für Schadenshandlungen ihrer Vertreter nach Maßgabe der §§ 31. 89 B.G.B. gegenüber der landesgesetzlich geregelten Haftung der betreffenden Korporationen für den von ihren Beamten in Ausübung der ihnen anvertrauten öffentlichen Gewalt zugefügten Schaden. . . 369

— wie macht sich hierbei eine landesrechtliche Beschränkung des Rechtsweges geltend? . . 369

Kommanditgesellschaft; kann der persönlich haftende Gesellschafter mit

einem Dritten rechtswirksam dessen Eintritt in die K. vereinbaren? 161

Kommanditgesellschaft; können die Kommanditisten der Vereinbarung nachträglich beitreten? . 161

Kommissionsgeschäft.
S. „Vertreter".

Konkurs; Rechte des Gläubigers im Falle des K. der ihm haftenden Gesamtschuldner, wenn er in dem K. des einen von diesen absonderungsberechtigt ist. . . 169

— gehört der durch die Anmeldung bei dem Patentamt begründete Anspruch auf Erteilung eines Patents zu dem der Zwangsvollstreckung unterliegenden Vermögen des Anmelders? 227

— ist nach Aufhebung des K.verfahrens der bisherige Gemeinschuldner befugt, einen vom K.verwalter begonnenen, aber nicht zur Entscheidung gelangten Anfechtungsprozeß im Kostenpunkte fortzusetzen? 330
S. auch „Einstweilige Verfügung"; „Klagänderung"; „Unfallversicherung"; „Zeitliche Wirksamkeit des seit dem 1. Januar 1900 geltenden Rechts"; „Zwangsvergleich".

Konnossement.
S. „Frachtvertrag".

Konsulargerichtsbarkeit; nach welchen Vorschriften bestimmen sich die Gebühren der vor den Konsuln und den Konsulargerichten in Civilsachen vernommenen Sachverständigen? 409

Kosten; kostenrechtliche Behandlung unzulässiger in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit beim Reichsgericht eingelegter Beschwerden. 248
S. auch „Prozeßkosten".

Kure.
S. „Börsenterminhandel".

L

Lehrherr.
S. „Aufsichtspflicht".

Lehrling.
S. Aufsichtspflicht".

Liegenschaftsrecht; Zustimmungserklärungen in Angelegenheiten des L. 411

M

Mangel der gemieteten Sache.
S. „Miete".

Mangel im Recht.
S. „Kauf".

Mängel.
S. „Gewährleistung wegen M.".

Miete; Schadensersatz wegen eines schon beim Abschluß des Mietvertrages vorhanden gewesenen Mangels der gemieteten Sache 127

Minderjährige.
S. „Aufsichtspflicht".

Miteigentum.
S. „Zeitliche Wirksamkeit des seit dem 1. Januar 1900 geltenden Rechts".

Miteigentümer.
S. „Hypothek".

Mündliche Nebenabrede.
S. „Nebenabrede".

N

Nebenabrede; Einwand des anders verabredeten als niedergeschriebenen Vertrags nach dem B.G.B. 23

Nebenforderung.
S. „Fütterungskosten".
Negatorische Klage.
S. „Telegraphenwesen".

O

Observanz; Bildung einer O., durch welche die nach § 3 des preußischen Gesetzes vom 11. März 1850 den Gemeinden obliegende Verpflichtung zur Tragung der Straßenreinigungskosten auf die Anliegen übertragen wird 423
— wird die Bildung einer solchen O. durch Polizeiverordnungen verhindert, welche jene Verpflichtung der Anlieger aussprechen? 423
— erfordert die Bildung der O. einen zehnjährigen Zeitraum? (Preuß. Recht). . . . 423

P

Patent; Anspruch auf Erteilung eines P.s.
S. „Konkurs".
Pflegschaft; hat die Einleitung einer Abwesenheitspflegschaft Prozeßunfähigkeit des Abwesenden zur Folge? 223
— kann für einen nicht bevormundeten volljährigen Geisteskranken ein Pfleger bestellt werden? 240
Preußisch-hessische Eisenbahngemeinschaft.
S. „Haftpflicht".
Prozeßkosten; hat der auf Zahlung einer Briefhypothekenforderung belangte Beklagte die P. zu tragen, wenn die Klage, obwohl die Forderung Dritten verpfändet war, auf Zahlung an den Kläger ging und der Beklagte dem später gestellten Begehren auf Zahlung an den Kläger und die Pfandgläubiger sofort nachgekommen ist? 141
S. auch „Schadensersatz".
Prozeßunfähigkeit.
S. „Pflegschaft".

R

Rechnungslegung.
S. auch „Gesellschaft".
Rechtsgeschäft; Abschließung eines R.s durch einen Vertreter namens des Vertretenen mit sich selbst im eigenen Namen . . . 130
Rechtshängigkeit; steht dem Grundstückseigentümer gegen die dingliche Klage eines auf Grund einer Abtretung eingetragenen Hypothekengläubigers die Einrede der R. aus einem vor der Abtretung anhängig gewordenen Rechtsstreite zu, in welchem er gegen den Rechtsvorgänger des Klägers das Nichtbestehen der Hypothek durch Klage oder Widerklage geltend gemacht hat? 259
Rechtskraft des Urteils; welche Wirkung hat gegenüber einem rechtskräftig gewordenen U., durch das jemandem als Cessionar ein Teil einer Forderung zuerkannt worden war, ein späteres ebenfalls rechtskräftig gewordenes U., durch das dem Cedenten die ganze Forderung aberkannt wurde, wenn der Cessionar das frühere U. nur als Inkassomandatar des Cedenten erwirkt hatte? . 216
— begründet die Abweisung der Klage in der angebrachten Art die Einrede der R.? . . 325

Rechtsurheber.
S. „Hypothek".
Rechtsweg; Zulässigkeit des R.s in Zollsachen? 158
Rente; Klage auf Minderung einer rechtskräftig zuerkannten R.
S. „Gerichtsstand".
Revision; findet R. statt gegen ein Endurteil, durch welches das Oberlandesgericht auf Beschwerde über die Ablehnung einer einstweiligen Verfügung diese erlassen hat? 270
Rücktrittsrecht; Voraussetzungen des R.s des Gläubigers infolge Leistungsverzugs des Schuldners (Gem. R.) 262

S

Sachgesamtheit.
S. „Inbegriff von Sachen".
Schadensersatz; außervertragliche Haftung für Schaden, der für eine Sache verursacht ist, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch? 373
— begreift der wegen verschuldet mangelhafter Lieferung einer Ware oder eines Werkes zu leistende Sch. dann, wenn der Schuldner seine Verbindlichkeit bestritten und der Gegner darauf von diesem Standpunkte aus zunächst einen Prozeß gegen einen Dritten geführt hat, ohne weiteres die durch diesen Prozeß dem Gegner entstandenen Kosten in sich? 347
S. auch „Miete".
Schiedsspruch; ist die sich als Sch. bezeichnende, in Wahrheit aber die Entscheidung über den Streit der Parteien ablehnende Entschließung eines Schiedsgerichts ein dem Vollstreckungsurteile zugänglicher Schiedsspruch? . 283
Seeversicherung; Rechte des Versicherten im Falle des Konkurses des Versicherers (§ 898 H.G.B.) 405
Sicherheitsleistung; zur Anwendung des § 109 C.P.O. (Wegfall der Veranlassung für eine S.) 105
Soldatenstand.
S. „Betriebsunfall".
Stempelsteuer; findet die Befreiungsvorschrift des Absatzes 2 des Tarifs Nr. 1c zum Reichsstempelgesetz vom 14. Juni 1900 auch auf Einzahlungen Anwendung, die vor Eröffnung des Bergwerksbetriebs ausgeschrieben werden? 189
— Begriff der Betriebseröffnung 189
— unterliegen Feuerkassenscheine einer städtischen Feuersozietät dem Policestempel? 234
— unterliegen Aktienindossamente dem Cessionsstempel der Tarifnummer 2 des preußischen Stempelsteuergesetzes vom 31. Juli 1895, wenn die Aktien bereits vor dem 1. Oktober 1881, dem Zeitpunkte des Inkrafttretens des Reichsstempelgesetzes vom 1. Juli 1881, ausgegeben worden waren? . . 318
Straßenreinigungspflicht.
S. „Observanz".
Streitwert.
S. „Wert des Streitgegenstandes".

T

Telegraphenwesen; hat der Unternehmer der späteren elektrischen Anlage auch die Kosten für die Unterhaltung der Schutzeinrichtungen an der älteren Anlage zu tragen? 63

Telegraphenwesen; ist eine negatorische Klage auf Ersatz derartiger Kosten zuzulassen? . . . 63
Testament; muß die Unterschrift des eigenhändigen Testaments der Angabe des Ortes und Tages räumlich nachfolgen? . . . 277
Tierschade; wer „hält" ein Tier im Sinne des § 833 B.G.B.? 117

U

Überbau; liegt ein Ü. im Sinne des § 912 B.G.B. auch dann vor, wenn der Bau sich über ein ganzes Nachbargrundstück erstreckt? 15
— können Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit auch dann verneint werden, wenn der Bauende die Grenze wissentlich überschritten hat? 15
Umzugskosten der Staatsbeamten; setzt der Anspruch auf Mietsentschädigung bei Versetzungen voraus, daß der Vermieter dem versetzten Beamten die Wohnung für die fragliche Zeit frei gehalten hat? (Preuß. Recht) . . 286
Unerlaubte Handlung; welches Recht ist maßgebend, wenn eine u. H. zwar vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs begangen worden, der Erfolg aber erst unter der Herrschaft des letzteren eingetreten ist? . . 119
— ist der § 836 B.G.B. anwendbar auf den Fall, wenn der morsch gewordene Fußboden eines Stockwerks mit der darauffstehenden Person durchbricht? . 236
— gibt es nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch eine außervertragliche Schadensersatzpflicht auch für Unterlassungen? . . . 373
— haftet nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch der Eigentümer oder Besitzer einer Sache wegen Fahrlässigkeit für Schaden, der ohne sein positives Zutun durch die Sache infolge ihrer natürlichen Beschaffenheit einem Anderen entsteht? 373
Unfallversicherung; gehört der Anspruch des Versicherten aus einem U.vertrag zur Konkursmasse, wenn der Vertrag vor Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Versicherten abgeschlossen worden ist, der Unfall sich aber erst nach der Konkurseröffnung ereignet hat? 49
Unmöglichkeit der Leistung. S. „Aktien"; „Kauf".
Unterhaltspflicht; haben unterhaltsberechtigte Eltern, wenn von mehreren Kindern das eine leistungsunfähig und ohne Abkömmlinge ist, von den anderen leistungsfähigen Kindern den vollen Unterhalt zu beanspruchen? 193
Unterlassungen; außervertragliche Haftung für solche nach dem B.G.B.? 373

V

Verjährung; kann der Cedent, solange der Schuldner der abgetretenen Forderung nichts von der Abtretung weiß, die gegen diesen laufende V. durch Handlungen, die er in eigenem Namen als Gläubiger vornimmt, unterbrechen? 181
— wird die Unterbrechung der V. durch die Abweisnng der Klage in der angebrachten Art beseitigt? 325

Verlöbnis; kann der aus § 1300 B.G.B. auf Schadensersatz belangte frühere Verlobte den Einwand, daß die Klägerin bei Eingehung des V. nicht mehr unbescholten gewesen sei, darauf stützen, daß er selber mit ihr schon früher Geschlechtsverkehr gehabt hat? 46

Vermächtnis; V. zu gunsten „der Armen". 277

Vermutung; ist die V. aus §§ 25. 26 A.L.R. I. 6 auch auf die Beschädigung solcher Rechte zu beziehen, zu deren Schutz das Polizeigesetz nicht erlassen ist? 297

Verpfändung einer Briefhypothekenforderung. S. „Prozeßkosten".

Verschlechterung des Grundstücks im Sinne des § 1133 B.G.B. 295

Versicherung.
S. „Seeversicherung"; „Unfallversicherung".

Verteilungsgericht; welches Gericht ist unter dem nach § 879 C.P.O. für die Widerspruchsklage gegen einen Verteilungsplan zuständigen V. zu verstehen? . . . 312

Vertreter; handelt ein Bankier, der in Ausführung eines Auftrags Wertpapiere für einen Kunden gekauft und ohne Nummernangabe für diesen in Verwahrung genommen hatte, wenn er, nachdem diese Wertpapiere abhanden gekommen waren, für sie andere beschaffte und in die mit dem Namen des Kunden bezeichnete Mappe oder Schleife legte, als V. des Kunden auf Grund des ursprünglichen Kommissionsauftrags, und ist demnach in einem solchen Verfahren ein rechtswirksames Kontrahieren des Bankiers als V. des Kunden mit sich selbst zu finden? . . . 130

Vertreter; wird der Kunde in einem solchen Falle Eigentümer der neu beschafften Wertpapiere? 130

Verwaltungsbeamte.
S. „Elsaß-Lothringen".

Verzug.
S. „Kauf".

Vollmacht; formelle Legitimation und materielles Recht des Bevollmächtigten im Verhältnis zum Machtgeber. 96

— V. im Interesse eines Dritten 96

— kann der Bevollmächtigte auf Grund der V. mit Wirkung gegen den Machtgeber Erklärungen selbst gegen dessen Willen abgeben? 96
S. auch „Handlungsreisender".

Vorabentscheidung; darf der Richter eine V. über den Grund des Klaganspruchs erlassen, ohne gleichzeitig eine eventuell vorgeschützte Aufrechnungseinrede zu erledigen, deren nähere tatsächliche Begründung trotz Aufforderung dazu unterblieben war? . 27

Vormerkung; ist das Recht aus einer vor dem 1. Januar 1900 eingetragenen V. zur Erhaltung des Rechts auf Eintragung einer Hypothek ein Pfandrecht im Sinne des Art. 192 Einf.-Ges. zum B.G.B.? 40

— kann die Umschreibung einer auf Grund des § 6 Abs. 3 des preuß. Zwangsvollstreckungsgesetzes vom 13. Juli 1883 eingetragenen V. in eine Sicherungshypothek verlangt werden? 40

Vormerkung; ist, wenn mehrere Grundstücke mit der V. belastet sind, die Umschreibung in eine Gesamt-Sicherungshypothek noch nach dem 1. Januar 1900 zulässig? 41
— bleibt im Fall der Veräußerung des mit der V. belasteten Grundstücks der bisherige, persönlich verpflichtete Eigentümer für die Umschreibungsklage passiv legitimiert? 41
— muß die Klage, soweit sie gegen den neuen Eigentümer gerichtet ist, im dinglichen Gerichtsstande angestellt werden? . . 41

W

Wandelung.
S. „Form, gesetzliche, der Rechtsgeschäfte"; „Kauf".
Wechsel; Wirkung der Einlösung eines trocknen W.s durch einen W.schuldner, der neben dem Aussteller als Bürge unterzeichnet hatte 220
— Verhältnis mehrerer W.unterzeichner untereinander. 220
— Beweislast, wenn es nach dem W. zweifelhaft ist, ob der Einlösende als Mitaussteller oder als Bürge des Ausstellers unterzeichnet hatte. 220
S. auch „Aufrechnung"; „Wette".
Werklieferungsvertrag; wann muß der Besteller eines nicht rechtzeitig gelieferten Werkes, der infolge eines besonderen Interesses an sofortiger Geltendmachung des Rechts zum Rücktritt von einer Fristsetzung absehen darf, den Rücktritt vom Vertrage erklären? 314
Werkvertrag.
S. „Werklieferungsvertrag".
Wert des Streitgegenstandes; wie zu berechnen, wenn vom Käufer auf Rückgängigmachung eines vom Verkäufer noch nicht erfüllten Kaufvertrags geklagt wird? 427
Wette; Wechsel über Wechselschuld; zur Auslegung des § 762 B.G.B. 39
Wildschaden; ist da, wo landesgesetzliche Vorschriften der in Art. 71 Ziff. 4 Einf.-Ges. zum B.G.B. bezeichneten Art nicht bestehen, der an Gärten ꝛc vom Wilde angerichtete Schaden stets zu ersetzen? Mitverschulden des Beschädigten durch unterlassene Instandhaltung von Schutzvorrichtungen 349
Willenseinigung.
S. „Form, gesetzliche, der Rechtsgeschäfte".
Willenserklärung; findet auf die in Angelegenheiten des Liegenschaftsrechts abzugebenden Erklärungen, insbesondere auf die Zustimmungserklärung im Sinne des § 1183 B.G.B. die Vorschrift des § 133 B.G.B. Anwendung? . . 411
— ist der § 878 B.G.B. anwendbar auf die unwiderruflichen Zustimmungserklärungen anderer Personen zu den von den Beteiligten in Gemäßheit der §§ 873. 875. 877 B.G.B. abzugebenden Erklärungen? 411

Z

Zeitliche Wirksamkeit des seit dem 1. Januar 1900 geltenden Rechts hinsichtlich der Aufhebung einer

vor diesem Zeitpunkte entstandenen Miteigentumsgemeinschaft? 174

Zeitliche Wirksamkeit des seit dem 1. Januar 1900 geltenden Rechts; darf, wenn das bis zum 1. Januar 1900 in Geltung gewesene Recht gestattet, trotz Vorhandenseins eines Trennungsgrundes die zeitweilige Trennung von Tisch und Bett zu versagen, falls die Ehegatten bereits längere Zeit voneinander getrennt lebten, auch die nach dem 1. Januar 1900 liegende Zeit berücksichtigt werden? . . 225

— des seit dem 1. Januar 1900 geltenden Rechts; ist bei einer vor dem 1. Januar 1900 für ungültig erklärten Ehe, wenn beide Ehegatten als eheliche Eltern erachtet werden, die Frage, welchem Elternteile das Erziehungsrecht zusteht, nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu beurteilen? 245

— des seit dem 1. Januar 1900 geltenden Rechts hinsichtlich des Rechts zum Rücktritt von einem vor dem 1. Januar 1900 geschlossenen Vertrage auf Grund eines nach diesem Zeitpunkte eingetretenen Leistungsverzugs 261

— des seit dem 1. Januar 1900 geltenden Rechts; ist die Frage der Wirksamkeit einer vor dem 1. Januar 1900 vorgenommenen Rechtshandlung für ein nach diesem Zeitpunkte eröffnetes Konkursverfahren nach altem oder nach neuem Rechte zu beurteilen? 385
S. auch „Unerlaubte Handlung".

Zollsachen.
S. „Rechtsweg".

Zulässigkeit des Rechtsweges.
S. „Körperschaften des öffentlichen Rechts".

Zusammenstoß von Schiffen; zur Auslegung des Art. 16 Abs. 2 der Kaiserlichen Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe 87

Zusicherung; liegt eine Z. im Sinne des § 459 Abs. 2 B.G.B. nur dann vor, wenn sie auf die Zukunft gerichtet ist? . . . 1
S. auch „Form, gesetzliche, der Rechtsgeschäfte".

Zuständigkeit, örtliche.
S. „Gerichtsstand".

Zustellung; ist die Z. eines Urteils, bei der vom Gerichtsvollzieher als Auftraggeber eine andere Person als die Partei oder ihr im Urteil benannter Prozeßbevollmächtigter angegeben wird, geeignet, den Beginn des Laufs der Notfrist zu bewirken? 367
S. auch „Enteignungsverfahren".

Zwangsvergleich; hat ein in einem ausländischen Konkursverfahren abgeschlossener Z. den Untergang der angemeldeten und zugelassenen Forderung eines inländischen Gläubigers über die Dividende hinaus mit Wirkung auch für das Inland zur Folge? . 155

— tritt diese Wirkung wenigstens dann ein, wenn der inländische Gläubiger bei Abschluß des Z.s mitgewirkt und ihm zugestimmt hat? 155

Zwangsvollstreckung.
S. „Konkurs".

B. Gesetzesregister.

1. Reichsgesetze.

a. Bürgerliches Gesetzbuch.

§ 6 241
§ 31 . . 371. 373
§ 89 . . 371. 373
§ 90 . . 389. 390
§ 104 . . . 224
§ 106 . . . 224
§ 107 . . . 224
§ 108 . . . 163
§ 114 . . . 224
§ 119 . 340. 342
§ 120 . 340. 342
§ 123 . . . 340
§ 124 . . . 342
§ 125 . 4. 280. 433
§ 126 . . . 280
§ 128 . 436. 437
§ 130 . . . 340
§ 133 100. 304. 416
§ 138 . . . 293
§ 139 . . . 4
§ 141 . . . 164
§ 142 . . . 340
§ 143 . 340. 342
§ 154 . 435. 437
§ 157 . . . 100
§ 167 . . . 99
§ 168 . . . 99
§ 174 . . . 133
§ 177 . . 163. 164
§ 178 . . . 164
§ 181 . . 132. 133
§ 184 . . . 133
§ 194 . . . 341
§ 195 . . . 188
§ 208 . . . 184
§ 209 . . . 184
§ 212 . . 329. 330
§ 254 349. 350. 351. 352
§ 269 135
§ 276 19. 173. 174. 367
§ 280 . . 95. 355
§ 286 355
§ 304 . . . 38
§ 313 . . 3. 4. 275
§ 325 . 95. 96. 355
§ 326 94. 95. 96. 151. 152. 154. 355. 356
§ 327 95. 316. 317. 318
§ 328 . . . 366
§ 338 . . . 355
§ 341 . . . 356
§ 346 19. 95. 96. 165
§§ 346 flg. . . 10
§ 347 19. 95. 96. 166
§ 355 . . . 318
§ 368 . . . 143
§ 372 . . . 144
§ 387 . . . 305
§ 388 . . . 304
§ 389 . . . 305
§ 398 . . . 184
§ 407 . 143. 184
§ 417 . . . 40
§ 422 . 222. 304
§ 425 . . . 222
§ 426 . . . 223
§ 432 . . . 144
§ 433 . . . 276
§ 434 . 275. 276
§ 439 168. 169. 275. 276
§ 440 . . . 355
§ 444 . . . 168
§ 446 . . . 354
§ 459 2. 19. 430. 432
§ 461 1
§ 463 2. 355. 356
§ 464 . . . 4
§ 467 . . 19. 165
§ 480 353. 354. 355. 356. 357. 358. 359
§ 487 . . . 166
§ 488 . . . 166
§ 524 . 355. 356
§ 538 . 173. 174
§ 545 . . . 174
§ 607 . . . 306
§ 610 . . . 11
§ 611 . . . 367
§ 631 . . . 367
§ 634 . 316. 317
§ 636 . 316. 317
§ 651 . . . 316
§ 662 . . . 367
§ 676 . . . 367
§ 683 . . . 19
§ 700 . . . 205
§§ 705 flg. . . 36
§ 717 . . 36. 37
§ 726 . . . 36
§ 727 . . . 36
§ 753 . . . 177
§ 762 39. 40. 251. 252
§ 764 . 251. 252
§ 765 . 184. 223
§ 768 . . . 40
§ 769 . . . 40
§ 774 . . . 223
§ 823 70. 126. 366. 374. 375. 376. 377
§ 832 70. 71. 73. 74
§ 833 117. 118. 119
§ 836 237. 238. 239. 240. 377. 379
§ 839 . . . 366
§ 843 . . . 51
§ 854 . . . 389
§ 855 . . . 118
§ 856 . 118. 389

§§ 859 flg. . . 390
§ 870 . . . 277
§ 873 114. 177 361. 416
§ 875 . 257. 416
§ 876 . . . 416
§ 877 . . . 416
§ 878 . 416. 417
§ 880 . . . 416
§ 891 . . . 277
§ 892 . . . 103
§ 894 . . . 62
§ 903 . . . 17
§ 907 . . . 377
§ 908 . 239. 240
§ 912 . . 16. 17
§§ 915 flg. . 16
§ 925 . . . 177
§ 929 . 361. 394
§ 930 . 132. 133
§ 931 354. 388. 394
§ 985 . 277. 394
§ 994 . 19. 166
§ 1004 . . . 17
§ 1077 . . . 144
§ 1114 . . . 361
§ 1123 . . . 139
§ 1124 . 140. 141
§ 1132 . . . 361
§ 1133 . . . 296
§ 1134 . 296. 297
§ 1138 . . . 103
§ 1144 . . . 143
§ 1147 . . . 140
§ 1152 . . . 361
§ 1155 . . 103
§ 1163 10. 60. 113. 339. 361. 415
§ 1175 . . . 362
§ 1177 113. 339. 415
§ 1179 . . . 8
§ 1183 . 257. 416
§ 1190 . 60. 62. 113
§ 1205 184. 388. 390. 391
§ 1275 . . . 143
§ 1281 . . 143. 144
§ 1300 46. 47. 48. 49
§ 1333 307. 308. 309. 310. 311
§ 1334 . . . 307
§ 1603 . . . 195
§ 1606 . 194. 195
§ 1607 . 194. 195
§ 1631 . . . 71
§ 1635 . . . 247
§ 1700 . . . 247
§ 1875 . . . 376
§ 1910 241. 243. 244. 245
§ 2072 . . . 283
§ 2231 . . 279. 281

b. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Art. 42 . . 51. 345
Art. 56 . . . 150
Art. 71 . 349. 350
Art. 77 . 371. 372
Art. 124 . . 375
Art. 168 . . 177
Art. 169 188. 329
Art. 170 45. 46. 123. 262. 263. 265. 329
Art. 171 . . 128
Art. 173 . . 176
Art. 179 . . 43
Art. 181 . 16. 176
Art. 184 . . 392
Art. 192 42. 43. 60. 61. 62. 103. 114. 116. 414
Art. 193 . . 43
Art. 201 . . 226
Art. 203 . . 247
Art. 207 . . 247
Art. 213 . . 176

c. Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch.

Art. 98 . . . 37
Art. 248 . . 291
Art. 313 . . 395
Art. 324 . . 58
Art. 403 . . 399
Art. 562 . . 400
Art. 594 . . 400

d. Handelsgesetzbuch von 1897.

§ 54 90
§ 55 90
§ 108 . . . 162
§ 126 . . . 162
§ 161 . . . 162
§ 162 . . . 162
§ 164 . . . 162
§ 185 . 291. 293
§ 211 . . . 294
§ 227 . . . 291
§ 262 291. 292. 293
§ 274 . . . 293
§ 275 . . . 293
§ 278 . . . 291
§ 288 . . . 291
§ 347 . . . 20
§ 369 . . . 395
§ 647 . . . 354
§ 789 406. 407. 408. 409
§ 898 . 406. 407

e. Allgemeine Deutsche Wechselordnung.

Art. 36 . . . 222
Art. 82 . . . 40

f. Civilprozeßordnung von 1877.

§ 156 . . 13. 14
§ 173 . . 13. 14
§ 179 . . . 14
§ 217 . . . 348
§ 227 . . . 347

§ 267 . . . 348
§ 686 . 345. 346

g. Einführungsgesetz zur Civilprozeßordnung von 1877.

§ 5 273
§ 6 185

h. Civilprozeßordnung von 1898.

§ 3 428
§ 4 166
§ 6 429
§ 11 286
§ 13 137
§ 24 . . . 42. 83
§ 26 44
§ 29 56. 57. 58. 134
§ 52 224
§ 53 224
§ 81 344
§ 91 259
§ 92 138
§ 93 . . 141. 259
§ 99 257
§ 109 . 106. 107
§ 139 . . . 328
§ 145 . . . 28
§ 148 . . . 261
§ 173 . . . 14
§ 177 . . . 14
§ 191 . . . 368
§ 239 . . 326. 348
§ 250 . . . 347
§ 255 . . . 266
§ 263 137. 138. 260
§ 265 . . . 260
§ 266 . . . 260
§ 268 . . . 84
§ 269 . . 94. 366
§ 271 . . . 330
§ 286 . . . 311
§ 287 . 153. 328
§ 295 . . . 348
§ 302 . . . 28
§ 304 . . . 28
§ 322 . 216. 327
§ 323 . 345. 346
§ 328 . . . 363
§ 413 . . . 410
§ 523 . . . 366
§ 527 . 94. 366
§ 542 . . . 21
§ 545 271. 272. 273
§ 547 . . . 159
§ 549 . . . 185
§ 551 . . . 311
§ 562 . 185. 374
§ 563 . . . 54
§ 577 . . . 106
§§ 664 flg. . . 313
§ 766 . . . 314
§ 767 . 218. 346
§ 794 . . . 44
§ 797 . . . 44
§§ 811 flg. . . 50
§ 824 . . . 313
§ 825 . . . 313
§§ 850 flg. . . 50
§ 853 . . . 312
§§ 864 flg. . . 50
§ 867 . . . 46
§ 873 . 312. 313
§ 876 . . . 313
§ 878 . 313. 336
§ 879 . . . 313
§ 880 . . . 336
§ 922 . . . 273
§ 935 . . . 140
§ 938 . . . 139
§ 943 . . . 272
§ 1026 . . . 285
§ 1042 . . . 285

i. Konkursordnung von 1877.

§ 20 407
§ 34 342
§ 40 . . 392. 393

k. Einführungsgesetz zur Konkursordnung von 1877.

§ 14 . . 392. 393

l. Konkursordnung von 1898.

§ 1 50
§ 3 53
§ 4 140
§ 14 139
§ 15 139
§ 17 53
§§ 17 flg. . . 407
§ 25 407
§ 29 85
§§ 29 flg. . . 84
§ 37 85
§ 47 140
§ 48 392
§ 53 408
§ 54 408
§ 59 332
§ 63 52
§ 64 171
§ 68 . . 171. 172
§ 146 . . . 55
§ 162 . . . 51
§ 237 . . . 156
§ 240 . . . 252

m. Gerichtsverfassungsgesetz.

§ 13 371
§ 70 159

n. Einführungsgesetz zum Gerichtsverfassungsgesetz von 1877.

§ 5 273
§ 11 108. 109. 110. 371

o. Gerichtskostengesetz.

§ 11 199
§ 18 199
§ 45 248
§ 79 248
§ 80 248
§ 81 200
§ 84 197
§ 85 . 266. 267. 270
§ 86 . . 197. 201
§ 89 . 197. 198. 199. 200. 202
§ 93 199
§ 94 . . 197. 199

p. Gebührenordnung für Zeugen und Sachverständige.

§ 3 410
§ 4 410
§ 13 410

q. Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.

§ 28 . . 241. 249
§§ 86 flg. . . 177

r. Grundbuchordnung.

§ 27 . . 257. 416
§ 59 361
§ 61 361
§ 63 361
§ 64 361
§ 78 42
§ 79 249
§ 89 45

s. Gewerbeordnung vom 1. Juli 1883 (R.G.Bl. S. 177).

§ 33 110
§ 53 110

t. Gesetz, betreffend Abänderung der Gewerbeordnung, vom 26. Juli 1897 (R.G.Bl. S. 663)

Art. 1 § 83 . 212
Art. 1 § 90 211. 212
Art. 1 § 96 . 215
Art. 1 § 98 . 215
Art. 6 . . . 211

u. Gewerbeordnung vom 26. Juli 1900 (R.G.Bl. S. 871).

§ 26 69
§ 127 . 70. 71. 73
§ 127a . . . 70
§ 134b . . . 74

v. Strafgesetzbuch.

§ 67 311
§ 175 . . . 311
§ 182 . . 47. 49
§ 230 . . . 70
§ 367 Ziff. 4 . 70

w. Einzelne Gesetze und Verordnungen.

1869. 1. Juli. Vereinszollgesetz (B.G.Bl. S. 317).
— — § 12 160
— — § 164. 35
1871. 7. Juni. Gesetz, betr. die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen ꝛc herbeigeführten Tötungen (R.G.Bl. S. 207).
— — § 1 148
— — § 7 . . . 345. 346
1873. 31. März. Gesetz, betr. die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten (R.G.Bl. S. 61).
— — § 14 22
1879. 21. Juli. Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens (R.G.Bl. S. 277) s. unten 1898. 20. Mai.
1879. 28. September. Verordnung, betr. die Revision in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (R.G.Bl. S. 299).
— — § 1 185
1881. 1. Juli. Gesetz, betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben (R.G.Bl. S. 185).
— — § 5 320
1885. 3. Juni (29. Mai). Gesetz, betr. die Erhebung von Reichsstempelabgaben (R.G.Bl. S. 179).
— — § 17 . . . 320. 321
1886. 15. März. Gesetz, betr. die Fürsorge für Beamte und Personen des Soldatenstandes infolge von Betriebsunfällen (R.G.Bl. S. 53).
— — § 1 76

1888. 27. Februar. Gesetz, betr. die Einführung der Gewerbeordnung in Elsaß-Lothringen (R.-G.Bl. S. 57).
— — § 4 110
1890. 14. Oktober. Internationales Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr (R.G.Bl. 1892 S. 793).
— — Art. 56 270
1891. 7. April. Patentgesetz (R.-G.Bl. S. 79).
— — § 3 230
— — § 5 91
— — § 6 230
— — § 23 231
1892. 6. April. Gesetz über das Telegraphenwesen des Deutschen Reichs (R.G.Bl. S. 467).
— — § 12 . . 63. 64. 65. 66. 67. 68. 69
1892. 10. April. Krankenversicherungsgesetz (R.G.Bl. S. 417).
— — § 37 212
— — § 45 214
— — § 47 . . 211. 213. 214
1894. 14. April. Gesetz, betr. die Abänderung des Zolltarifgesetzes vom 15. Juli 1879 (R.G.Bl. S. 335).
— — § 7 . . . 159. 160
1894. 27. April. Reichsstempelgesetz (R.G.Bl. S. 381).
— — § 6 320
— — § 17 324
— — Tarif Ziff. 4 a 2 322. 323. 324
1895. 15. Juni. Gesetz, betr. die privatrechtlichen Verhältnisse der Binnenschiffahrt (R.G.Bl. S. 301).
— — § 4 401
— — § 7 . . . 401. 403
— — § 26 399
— — § 41 400
1895. 15. Juni. § 52 . 399
— — § 56 400
— — § 58 401
— — § 61 . . 401. 404. 405
1896. 22. Juni. Börsengesetz (R.-G.Bl. S. 157).
— — § 48 . . . 180. 363
— — § 50 . . . 180. 181
— — § 51 180
— — § 66 . . . 363. 364
— — § 68 363
1896. 5. Juli. Gesetz, betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere (R.G.Bl. S. 183).
— — § 1 205
— — § 2 . . 202. 204. 205
— — § 3 255
1896. 14. November. Abkommen zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts (R.-G.Bl. 1899 S. 285).
— — Art. 11 . 267. 268. 269
— — Art. 12 269
1897. 24. März (1898. 20. Mai). Gesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (R.-G.Bl. 1898 S. 713) s. unten 1898. 20. Mai.
1897. 9. Mai. Verordnung zur Verhütung des Zusammenstoßens der Schiffe auf See (R.G.Bl. S. 203).
— — Art. 16. 87
1898. 17. Mai. Einführungsgesetz zu dem Gesetze, betr. Änderungen der Konkursordnung (R.G.Bl. S. 248).
— — Art. II Ziff. 4 . . 392
— — Art. VI 392
1898. 17. Mai. Gesetz, betr. Änderungen des Gerichtsverfassungsgesetzes und der Strafprozeßordnung (R.G.Bl. S. 252).
— — Art. IV 249

1898. 20. Mai. Gesetz, betr. die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Konkursverfahrens (R.G.Bl. S. 709).
— — § 1 340
— — § 2 . . . . 337. 341
— — § 3 . . 339. 342. 344
— — § 4 . . 341. 342. 343
— — § 5 . . . 341. 343
— — § 7 337
— — § 9 . . . 341. 343
— — § 11 342
— — § 12 342
— — § 13 . . . 341. 342
1898. 20. Mai (1897. 24. März). Gesetz über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung (R.G.Bl. S. 713).
— — § 9 43
— — § 48 43
— — § 115 336
1898. 20. Mai. § 148 . 139
— — §§ 180 flg. . . . 177
S. auch 338
1899. 18. Dezember. Telegraphenwegegesetz (R.G.Bl. S. 705).
— — § 5 67
— — § 6 67
1900. 7. April. Gesetz über die Konsulargerichtsbarkeit (R.G.Bl. S. 213).
— — § 19 410
— — § 20 410
— — § 40 410
— — § 73 410
— — § 76 410
1900. 14. Juni. Reichsstempelgesetz (R.G.Bl. S. 275).
— — § 4 . . . 319. 320
— — § 18 . . . 320. 321
— — Tarif 1c . 189. 190. 192
— — Tarif 4a 3 . . . 192

2. Gemeines Recht.

Pandekten.

L. 4 Tit. 9 naut. caup. l. 7 § 5 149
„ 5 „ 1 de jud. l. 30 137
„ 9 „ 3 de his qui effud. l. 1 § 10. legg. 2. 3 149
„ 10 „ 4 ad exhib. l. 5 § 4 378
„ 13 „ 5 de pec. const. l. 3 § 1 . . . 186
„ 13 „ 7 de pign. act. l. 18 pr. 186
„ 14 „ 3 de inst. act. l. 17 99
„ 17 „ 1 mand. l. 10 § 12 364
L. 18 Tit. 4 de her. vend. l. 6 . 186. 187. 188
l. 23 . . . 188
„ 39 „ 2 de damno inf. l. 7 § 2. l. 9 § 3. l. 24 § 9. . . . 378
„ 40 „ 12 de lib. causa l. 20 § 3. . . . 186
„ 41 „ 2 de acquir. poss. l. 3 § 2. l. 26 . 389
„ 41 „ 3 de usurp. l. 30 § 2. l. 33 § 2 . 389
„ 43 „ 12 de flum. l. 1 § 3 382
„ 44 „ 7 de O. et. A. l. 42 § 1. . . . 186
„ 46 „ 1 de fidej. l. 67 364
„ 50 „ 16 de V. S. l. 55 186

3. Französisches Recht.

Code civil.

Art. 209 345
Art. 210 345
Art. 970 279
Art. 2012 364

Einzelne Gesetze.

1790. 16./24. August. Dekret (Bormann und v. Daniels Handbuch der für die Königlich Preußischen Rheinprovinzen verkündigten Gesetze ꝛc aus der Zeit der Fremdherrschaft Bd. 1 S. 268).
1790. 16./24. August. Titel II Art. 13 . . 371
— — Titel XI Art. 3 370. 373
III. 16. Fructidor. Dekret (v. Daniels Handbuch der für die Königlich Preußischen Rheinprovinzen verkündigten Gesetze ꝛc aus der Zeit der Fremdherrschaft Bd. 3 S. 172) 371
VIII. 22. Frimaire. Verfassung der Französischen Republik.
— — Art. 75 109

4. Landesrecht.

Preußen.

a. Allgemeines Landrecht.

Einleitung § 101 . . . 103
Teil I Titel 4 § 132 . . 115
„ „ 5 §§ 285—291 123
„ „ 5 § 319 . . 431
„ „ 5 § 352 . . 102
„ „ 5 § 360 . . 123
„ „ 6 § 25 125. 299. 302
„ „ 6 § 26 . 299 302
„ „ 6 § 59 . . 122
„ „ 6 § 119 . . 345
„ „ 9 § 170 . . 301
„ „ 9 § 191 . . 301
„ „ 9 § 296 . . 375
„ „ 9 § 297 374 375
„ „ 10 §§ 7—11 . 103
„ „ 10 § 24 . . 103
„ „ 11 § 407 . . 104
„ „ 11 § 408 104. 105
„ „ 11 § 578 . . 255
„ „ 12 § 64 . . 115
„ „ 17 § 217 . . 37
Teil I Titel 17 § 218 . . 37
„ „ 20 § 410 . . 103
„ „ 20 §§ 422—426 103
„ „ 20 § 522 . . 103
„ „ 21 § 273 . . 123
„ „ 22 § 43 . 80. 82
Teil II Titel 14 §§ 78. 79 . 30
„ „ 15 § 12 . . 5

b. Einzelne Gesetze und Verordnungen.

1808. 26. Dezember. Verordnung wegen verbesserter Einrichtung der Provinzial-, Polizei- und Finanzbehörden (Sammlung der Gesetze und Verordnungen ꝛc von 1806 bis zum 27. Oktober 1810 S. 464).
— — § 36 30
— — § 41 30
1840. 18. Juni Gesetz über die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben (G.S. S. 140), s. unten 1882. 12. April.

1848. 31. Oktober. Gesetz, betr. die Aufhebung des Jagdrechts auf fremdem Grund und Boden (G.S. S. 343).
— — § 1 127
— — § 3 127
1850. 7. März. Jagdpolizeigesetz (G.S. S. 165).
— — § 1 127
— — § 3 . . . 127. 129
— — § 4 128
— — § 9 128
— — § 10 129
1850. 11. März. Gesetz über die Polizeiverwaltung (G.S. S. 265).
— — § 3 424
1852. 21. Juli. Gesetz, betr. die Dienstvergehen der nichtrichterlichen Beamten ꝛc (G.S. S. 465).
— — § 8 . . . . 21. 22
— — § 10 22
— — §§ 14. 15 . . . 22
1853. 24. Mai. Gesetz, betr. einige Abänderungen der Hypothekenordnung vom 20. Dezember 1783 (G.S. S. 521).
— — § 15 104
1854. 24. April. Gesetz, betr. die Abänderungen des Abschnitts 11 Titel 1 Teil II und des Abschnitts 9 Titel 2 Teil II des Allgemeinen Landrechts (G.S. S. 193).
— — § 9 48
1861. 24. Mai. Gesetz, betr. die Erweiterung des Rechtsweges (G.S. S. 241).
— — §§ 1. 2 21
— — § 5 . . . . 21. 23
— — § 8 23
— — § 9 . . . . 30. 33
1865. 24. Juni. Allgemeines Berggesetz ꝛc (G.S. S. 705).
— — § 102 192
1865. 24. Juni. § 135 . 206
— — § 137 207
— — § 148 192
1872. 5. Mai. Gesetz über den Erwerb des Eigentums ꝛc (G.S. S. 433).
— — § 18 114
— — § 19 114
— — § 24 61
— — § 38 . 103. 104. 105
— — §§ 63—66 . . . 60
— — § 67 60
1874. 30. Mai. Fischereigesetz (G.S. S. 197).
— — §43 298.299.300.301.302
1874. 11. Juni. Gesetz über d Enteignung von Grundeigentum ꝛc (G.S. S. 221).
— — § 26 436
— — § 39 . . 12. 14. 15
1875. 2. Juli. Gesetz, betr. die Anlegung und Veränderung von Straßen ꝛc (G.S. S. 561). 431
1877. 24. Februar. Gesetz, betr. die Umzugskosten der Staatsbeamten (G.S. S 15).
— — § 4 287
1882. 12. April. 1840. 18. Juni. Gesetz, betr. die Verjährungsfristen bei öffentlichen Abgaben (G.S. 1882 S. 297; 1840 S. 140).
— — § 5 . 30. 33. 34. 35
— — § 6 . . . . 30. 35
— — § 10 . . . 30. 33. 34
— — § 14 . . . . 30. 33
1883. 13. Juli. Gesetz, betr. die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen (G.S. S. 131).
— — §§ 6. 7 44
— — § 106 43
— — § 113 43
— — § 159 31
S. auch 337

1883. 30. Juli. Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung (G.-S. S. 195).
— — § 56 13
1883. 1. August. Gesetz über die Zuständigkeit der Verwaltungs- und Verwaltungsgerichtsbehörden (G.S. S. 237).
— — § 99 299
1895. 31. Juli. Stempelsteuergesetz (G.S. S. 413).
— — Tarifziff. 2 . . . 324
— — Tarifziff. 70 . . 235
1896. 23. Juni. Staatsvertrag zwischen Preußen und Hessen über die gemeinschaftliche Verwaltung des beiderseitigen Eisenbahnbesitzes (G S. S. 223).
— — Artt. 6 flg. . . . 146
— — Art. 13 . . 146. 147
— — Artt. 14. 15 . . 147
— — Art. 18 147
1899. 20. September. Ausführungsgesetz zum B.G.B. (G.S. S. 177).
— — Art. 33 61
— — Art. 89 . . 374. 375
1899. 21. September. Preußisches Gesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit (G.S. S. 249).
— — Artt. 7. 8 . . . 42
1899. 23. September. Ausführungsgesetz zum Reichsgesetz über die Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung (G.S. S. 291).
— — Artt. 1. 17 . . . 31

Hannover.

1848. 21. Juli. Gesetz, betr. den Wildschaden (G.S. Abt. I S. 215) 349

Elsaß-Lothringen.

1851. 29. Dezember. Dekret (Bulletin des lois p. 1266).
— — Art. 2 110
1888. 24. Dezember. Verordnung, betr. Einführung der Gewerbeordnung in Elsaß-Lothringen (G.Bl. S. 101).
— — Artt 16. 24 . . 110
1895. 6. Juni. Gemeindeordnung für Elsaß-Lothringen (G.Bl. S. 58).
— — § 16 370
1899. 13. Februar. Gesetz, betr. die Disziplin der Richter (G.Bl. S. 3).
— — § 7 23
1899. 17. April. Gesetz, betr. die Ausführung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in Elsaß-Lothringen (G.Bl. S. 43).
— — § 39 109
— — § 40 . . . 370. 371

Hamburg.

Hamburgisches Stadtrecht.
— — Part. I Tit. 21 Art. 2 185
1879. 23. April. Gesetz, betr. Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes (G.S. Abt. I S. 83).
— — § 75 159

Sachsen (Königreich).

Bürgerliches Gesetzbuch.
— — §§ 1595. 1596 . . 311
— — § 1754 226

C. Chronologische Zusammenstellung der Entscheidungen.

		Seite
1902.	Urt. v. 7. Juni i. S. G. Ehel. (Bekl.) w. Sch. (Kl.). Rep. V. 111/02	1
"	Urt. v. 7. Juni i. S. B. Konkursm. (Bekl.) w. R. (Kl.). Rep. V. 138/02	5
"	Urt. v. 10. Juni i. S. Neustadt-Gogoliner Eisenbahngesellschaft (Bekl.) w. E. (Kl.). Rep. VII. 117/02	11
"	Urt. v. 11. Juni i. S. Stadtgemeinde Köln (Kl.) w. O. (Bekl.). Rep. V. 113/02	15
"	Urt. v. 13. Juni i. S. L. C. (Bekl.) w. F. Ph. (Kl.). Rep. II. 26. 169/02	18
"	Urt. v. 13. Juni i. S. B. (Kl.) w. preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. III. 65/02	20
"	Urt. v. 13. Juni i. S. M. (Kl.) w. v. d. O. (Bekl.). Rep. VII. 126/02	23
"	Urt. v. 13. Juni i. S. Magistrat der Stadt B. (Bekl.) w. Z. (Kl.). Rep. VII. 114/02	27
"	Urt. v. 16. Juni i. S. des Hauptknappschaftsvereins in Clausthal (Bekl.) w. die vereinigten Großalmeroder Thonwerke (Kl.). Rep. V. 129/02	29
"	Urt. v. 17. Juni i. S. N. u. Gen. (Kl.) w. W. u. Gen. (Bekl.). Rep. III. 52/02	35
"	Urt. v. 18. Juni i. S. K. & F. (Kl.) w. L. (Bekl.). Rep. I. 74/02	39
"	Urt. v. 18. Juni i. S. O. u. Gen. (Bekl.) w. H. (Kl.). Rep. V. 125/02	40
"	Urt. v. 19. Juni i. S. B. (Kl.) w. K. (Bekl.). Rep. IV. 104/02	46
"	Urt. v. 20. Juni i. S. Oberrh. Versicherungsges. (Bekl.) w. St. (Kl.). Rep. II. 114/02	49
"	Urt. v. 21. Juni i. S. Konkursmasse der Fabrik feuerfester und säurefester Produkte zu B. (Bekl.) w. v. F. (Kl.). Rep. I. 321/01	54
"	Urt. v. 21. Juni i. S. J. (Bekl.) w. J. (Kl.). Rep. V. 132/02	59
"	Urt. v. 23. Juni i. S. Oberschlesische Dampfstraßenbahngesellschaft (Bekl.) w. preuß. Bergfiskus (Kl.). Rep. VI. 114/02	63
"	Urt. v. 23. Juni i. S. Sch. (Bekl.) w. J. (Kl.). Rep. VI. 116/02	69
"	Urt. v. 24. Juni i. S. K. (Kl.) w. Postfiskus (Bekl.). Rep. III. 83/02	76
"	Urt. v. 24. Juni i. S. preuß. Eisenbahnfiskus (Kl.) w. Pfarre zu Sch. u. Gen. (Bekl.). Rep. VII. 128/02	79

		Seite
1902.	Urt. v. 24. Juni i. S. Pf. Konkursv. (Kl.) w. Gebr. M. (Bekl.). Rep. VII. 143/02	82
„	Urt. v. 25. Juni i. S. S. & B. (Kl.) w. die Dampfschiffs-aktiengesellschaft F. (Bekl.). Rep. I. 87. 88/02	87
„	Urt. v. 27. Juni i. S. der Firma R. & Sohn (Bekl.) w. E. F. S. (Kl.). Rep. II. 115/02	89
„	Urt. v. 28. Juni i. S. Sch. (Kl.) w. P. (Bekl.). Rep. I. 84/02	90
„	Urt. v. 28. Juni i. S. M. (Kl. u. Widerbekl.) w. M. (Bekl. u. Widerkl.). Rep. V. 85/02	92
„	Urt. v. 28. Juni i. S. C. (Bekl.) w. W. (Kl.). Rep. I. 86/02	96
„	Urt. v. 28. Juni i. S. O. (Kl.) w. L. (Bekl.). Rep. V. 144/02	101
„	Beschl. v. 30. Juni i. S. v. H. Ehel. (Antragsteller) w. Pf. Wwe. u. Gen. (Antragsgegner). Beschw.-Rep. VI. 144/02	105
„	Beschl. v. 1. Juli i. S. S. w. D. Rep. II. T. B. 31/02	107
„	Urt. v. 2. Juli i. S. Th. (Bekl.) u. der Firma K. & Z. (Nebenintерv.) w. Z. u. Gen. (Kl.). Rep. V. 158/02	111
„	Urt. v. 3. Juli i. S. Gewerksch. Konsol. Abendröte (Bekl.) w. K. (Kl.). Rep. VI. 127/02	117
„	Urt. v. 3. Juli i. S. Kl. (Kl.) w. O. Wwe. (Bekl.). Rep. VI. 126/02	119
„	Urt. v. 4. Juli i. S. O. (Kl.) w. D. (Bekl.). Rep. II. 29/02	126
„	Urt. v. 4. Juli i. S. T. (Kl.) w. H. Konkursm. (Bekl.). Rep. II. 117/02	130
„	Urt. v. 4. Juli i. S. B. (Bekl.) w. B. & B. (Kl.). Rep. II. 126/02	133
„	Urt. v. 8. Juli i. S. Schw. (Bekl.) w. Br. (Kl.). Rep. III. 113/02	136
„	Urt. v. 9. Juli i. S. Preuß. Bodenkredit-Akt.-Gesellsch. in Berlin (Kl.) w. B.'sche Konkursm. (Bekl.). Rep. V. 202/02	138
„	Beschl. v. 9. Juli i. S. H. (Kl.) w. O. (Bekl.). Beschw.-Rep. V. 147/02	141
„	Urt. v. 10. Juli i. S. preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. VI. 136/02	144
„	Urt. v. 11. Juli i. S. E. (Kl.) w. R. K. & Co. (Bekl.). Rep. II. 129/02	150
„	Urt. v. 11. Juli i. S. Pl. (Kl.) w. St. (Bekl.). Rep. II. 130/02	155
„	Urt. v. 11. Juli i. S. hamb. Generalzolldirektion (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. VII. 167/02	158
„	Urt. v. 14. Juli i. S. O. K. (Bekl.) w. Brauerei H., Kommanditges. O. K. & Co. (Kl.). Rep. I. 104/02	161
„	Urt. v. 16. September i. S. H. (Bekl.) u. Widerkl.) w. Sch. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. II. 141/02	164
„	Urt. v. 17. September i. S. Sch. u. Gen. (Bekl.) u. Widerkl.) w. G. (Kl. u. Widerbekl.). Rep. V. 204/02	167

		Seite
1902.	Urt. v. 19. September i. S. Verw. im Konkurse Z. (Bekl.) w. M.-L. (Kl.). Rep. II. 164/02	169
"	Urt. v. 19. September i. S. württemberg. Fiskus (Bekl.) w. v. M. (Kl.). Rep. III. 125/02	172
"	Urt. v. 22. September i. S. A. (Bekl.) w. S. (Kl.). Rep. IV. 140/02	193
"	Beschl. v. 23. September i. S. W. (Kl. u. Widerbekl.) w. D. Cementbau-Ges. vormals P. S. Akt.-Ges. (Bekl. u. Widerkl.). Beschw.-Rep. III. 153/02	197
"	Urt. v. 24. September i. S. v. S. (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. V. 187/02	174
"	Urt. v. 26. September i. S. K. (Bekl.) w. Nachlaßkonkurs F. (Kl.). Rep. II. 232/02	202
"	Urt. v. 27. September i. S. M. Konkursverwalter (Bekl.) w. Berliner Maklerverein (Kl.). Rep. I. 129/02	178
"	Urt. v. 27. September i. S. Hospital C. A. u. Gen. (Bekl.). w. H. Gesellsch. (Kl.). Rep. V. 191/02	206
"	Urt. v. 29. September i. S. L. (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. VI. 166/02	181
"	Urt. v. 30. September i. S. Gewerkschaft H. S. (Kl.) w. preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. VII. 194/02	189
"	Urt. v. 30. September i. S. T. u. Gen. (Bekl.) w. Ortskrankenkasse für Maurer und Steinhauer in B. (Kl.). Rep. VII. 192/02	209
"	Urt. v. 1. Oktober i. S. Landwirtschaftliches Bankinstitut A. W. in Berlin und dessen Inhaber (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. I. 130/02	216
"	Urt. v. 1. Oktober i. S. J. (Bekl.) w. M. F. R. Wwe. (Kl.). Rep. I. 175/02	220
"	Beschl. v. 1. Oktober i. S. Witwe L. (Bekl.) w. K., jetzt unbekannten Aufenthaltsorts (Kl.). Beschw.-Rep. V. 191/02	223
"	Urt. v. 2. Oktober i. S. N. Ehefr. (Kl.) w. N. (Bekl.). Rep. VI. 167/02	225
"	Urt. v. 3. Oktober i. S. M. Konkursverwalter (Kl.) w. B. u. Gen. (Bekl.). Rep. VII. 204/02	227
"	Urt v. 3. Oktober i. S. preuß. Fiskus (Bekl.) w. städtische Feuersozietät Stettin (Kl.). Rep. VII. 216/02	234
"	Urt. v. 6. Oktober i. S. Sp. (Bekl.) w. M. (Kl.). Rep. VI. 176/02	236
"	Beschl. v. 6. Oktober in der E. E.'schen Pflegschaft S. Beschw.-Rep. IV. 270/02	240
"	Urt. v. 6. Oktober i. S. K. (Kl.) w. K. (Bekl.). Rep. IV. 206/02	306

		Seite
1902.	Urt. v. 7. Oktober i. S. J. S. u. Gen. (Bekl.) w. K. (Kl.). Rep. III. 161/02	245
„	Urt. v. 7. Oktober i. S. V. (Kl.) w. Sch. u. Gen. (Bekl.). Rep. VII. 210/02	312
„	Beschl. v. 8. Oktober in der Grundbuchsache von Alt-L. Bd. 1 S. 46 des Grundbuchs. Beschw.-Rep. V. 160/02	248
„	Urt. v. 8. Oktober i. S. Sch. (Bekl.) w. Gebr. R. (Kl.). Rep. I. 145/02	250
„	Urt. v. 8. Oktober i. S. K. u. L. (Bekl.) w. S. (Kl.). Rep. I. 144/02	254
„	Beschl. v. 8. Oktober i. S. G. (Kl.) w. H. (Bekl.). Beschw.-Rep. V. 251/02	257
„	Urt. v. 8. Oktober i. S. L. (Bekl.) w. N. (Kl.). Rep. V. 207/02	259
„	Urt. v. 10. Oktober i. S. L. (Kl. u. Widerbekl.) w. B. (Bekl. u. Widerkl.). Rep. III. 226/02	261
„	Beschl. v. 10. Oktober i. S. Pr. (Kl.) w. Br. & Co. (Bekl.) Rep. II. 223/02	266
„	Urt. v. 10. Oktober i. S. H. u. W. Fabrik (Bekl.) w. H. Konk. (Kl.). Rep. II. 161/01	314
„	Urt. v. 11. Oktober i. S. Konkursmasse der Gewerksch. B. (Bekl.) w. B.-B. (Kl.). Rep. V. 359/02	270
„	Urt. v. 11. Oktober i. S. K. (Kl.) w. W. (Bekl.). Rep. V. 209/02	273
„	Urt. v. 13. Oktober i. S. W. (Bekl.) w. Magistrat zu W. (Kl.). Rep. IV. 174/02	277
„	Urt. v. 14. Oktober i. S. Leopold F. (Kl.) w. Max F. (Bekl.). Rep. VII. 332/02	283
„	Urt. v. 14. Oktober i. S. Sch. (Kl.) w. preuß. Justizfiskus (Bekl.). Rep. III. 242/02	286
„	Urt. v. 14. Oktober i. S. G. v. P. E. und L. L.-L. (Kl.) w. preuß. Fiskus (Bekl.). Rep. VII. 228/02	318
„	Urt. v. 15. Oktober i. S. H. (Kl.) w. Aktiengesellsch. Märkisch-Westph. Bergwerksverein (Bekl.). Rep. I. 131/02	287
„	Beschl. v. 15. Oktober i. S. G. (Kl.) w. Gesellsch. M. (Bekl.). Beschw.-Rep. V. 170/02	295
„	Urt. v. 15. Oktober i. S. Akt.-Gesellsch. P.'sche Zuckerfabrik A. (Bekl.) w. J. u Gen. (Kl.). Rep. V. 214/02	297
„	Urt. v. 15. Oktober i. S. S. (Bekl.) w. Vorschußverein Gr. (Kl.). Rep. I. 230/01	303
„	Urt. v. 16. Oktober i. S. Gr. Berl. Straßenbahn (Bekl.) w. L. (Kl.). Rep. VI. 188/02	325
„	Beschl. v. 21. Oktober i. S. K. (Kl.) w. G. & St. (Bekl.). Beschw.-Rep. VII. 133/02	330

		Seite
1902.	Urt. v. 22. Oktober i. S. Witwe G. (Kl.) w. Joseph W. u. Gen. (Bekl.). Rep. V. 188/02	334
"	Urt. v. 23. Oktober i. S. K. (Bekl.) w. preuß. Eisenbahnfiskus (Kl.). Rep. VI. 170/02	344
"	Urt. v. 23. Oktober i. S. W. & Co. Konkursverw. (Kl.) w. E. (Bekl.) Rep. VI. 298/99	347
"	Urt. v. 24. Oktober i. S. N. (Bekl.) w. Sch.'sche Kinder (Kl.). Rep. VII. 245/02	349
"	Urt. v. 24. Oktober i. S. R. C. (Kl.) w. W. & M. (Bekl.). Rep. II. 192/02	352
"	Urt. v. 25. Oktober i. S. G. (Kl.) w. K. (Bekl.). Rep. V. 236/02	360
"	Urt. v. 25. Oktober i. S. M. als Verwalters im Konkurse des B. L. (Kl.) w. T. (Bekl.). Rep. I. 143/02	362
"	Urt. v. 27. Oktober i. S. Spar- u. Darlehnskasse zu L. (Kl.) w. G. (Bekl.). Rep. VI. 201/02	365
"	Beschl. v. 27. Oktober auf die Beschw. des Dr. H, zur S. K. Wwe. (Kl.) w. K. (Bekl.). Beschw.-Rep. VI. 218/02	367
"	Urt. v. 27. Oktober i. S. Eheleute B. (Kl.) w. Stadtgem. Saarburg (Bekl.) Rep. VI. 200/02	369
"	Urt. v. 28. Oktober i. S. K. (Kl.) w. Stadtgem. H. (Bekl.) Rep. III. 270/02	379
"	Urt. v. 28. Oktober i. S. Kommerzbank u. Gen. (Bekl.) w. B. (Kl.). Rep. II. 193/02	385
"	Urt. v. 29. Oktober i. S. Aktiengef. Pr. (Kl.) w. Rh. & Seeschiff.-Akt.-Ges. (Bekl.). Rep. I. 173/02	395
"	Urt. v. 30. Oktober i. S. Br. (Kl.) w. preuß. Domänenfiskus (Bekl.). Rep. VI. 208/02	373
"	Urt. v. 1. November i. S. E. Konkursverwalter der Patr. A.-K. (Kl.) w. W. (Bekl.). Rep. I. 178/02	405
"	Beschl. v. 4. November i. S. St. (Kl.) w. S. (Bekl.). Beschw.-Rep. VII. 166/02	409
"	Urt. v. 5. November i. S. Konkurs T. (Bekl.) w. D. (Kl.). Rep. V. 400/02	411
"	Urt. v. 8. November i. S. W. u. H. (Kl.) w. Bl. (Bekl.). Rep. I. 124/02	417
"	Urt. v. 11. November i. S. S. (Kl.) w. Stadtgem. G. (Bekl.). Rep. VII. 268/02	423
"	Beschl. v. 12. November i. S. H. S. (Kl.) w. A. G. (Bekl.). Beschw.-Rep. V. 219/02	427
"	Urt. v. 15. November i. S. R. (Kl.) w. O. (Bekl.). Rep. V. 264/02	429
"	Urt. v. 18. November i. S. S. (Kl.) w. preuß. Eisenbahnfiskus (Bekl.). Rep. VII. 277/02	433

Zusammenstellung

der

im zweiundfünfzigsten, der neuen Folge zweiten Bande

mitgeteilten Entscheidungen

nach

Oberlandesgerichtsbezirken.

Berlin . . . . . 7. 8. 11. 12. 17. 20. 35. 37. 43. 49. 53. 57. 59. 68. 73. 77. 86. 89. 96. 105.
Braunschweig 54.
Breslau . . . . 3. 15. 16. 25. 31. 34. 38. 44. 70. 75. 83. 85. 95. 107. 108.
Celle . . . . . 9. 51. 71. 76. 84. 91. 99.
Colmar . . . . 46. 97.
Darmstadt . . 21. 39. 81.
Dresden . . . . 60. 74.
Hamburg . . . 22. 40. 42. 50. 61. 63. 64. 92. 94. 100. 102.
Hamm . . . . . 2. 24. 27. 56. 69. 78. 87. 90. 104. 106.
Karlsruhe . . 13. 14. 23.
Kassel . . . . . 67.
Kiel . . . . . 1. 6. 26. 52. 58.
Köln . . . . . 4. 33. 41. 101.
Königsberg . . 79.
Marienwerder 98.
Naumburg . . 18. 28. 30. 45. 55. 82.
Nürnberg . . . 10.
Oldenburg . . 19.
Posen . . . . . 5. 88.
Rostock . . . . . 36.
Stettin . . . . 32. 48. 62. 80. 109.
Stuttgart . . 47. 65.

Konsulargericht Zanzibar . . . . . 103.
Reichsgericht unmittelbar . . . . . 29. 66. 72.

Berichtigungen.

Elfter Band.

S. 217 Z. 1 v. u. vor „abgedruckt" schieb ein „Nr. 92 S. 365".
„ 366 „ 1 v. o. statt „Beschl." lies „Urt.".
„ „ „ 2 v. o. statt „Beschw.-Rep." lies „Rep.".
„ 464 streiche die Zeilen 11 u. 12 v. o.
„ „ Z. 13 v. o. statt „20" lies „17".
„ „ „ 14 v. o. hinter „45" füge hinzu „92".

Vierzehnter Band.

S. 148 Z. 8 v. u. statt „233" lies „253".
„ „ „ 7 v. u. statt „29" lies „25".

Fünfzigster Band.

S. 438 Sp. 1 Z. 10 v. o. statt „244" lies „258".

Einundfünfzigster Band.

S. 2 Z. 8 v. u. statt „323" lies „328".
„ 199 „ 3 v. o. statt „Treu" lies „Troll".
„ 221 „ 6 v. u. statt „74" lies „34".
„ 233 „ 2 v. o. hinter „Art. 19" schieb ein „§ 1".
„ 455 Sp. 1 Z. 23 v. o. vor „136" schieb ein „2".
„ „ „ 1 streiche Z. 22 v. o.

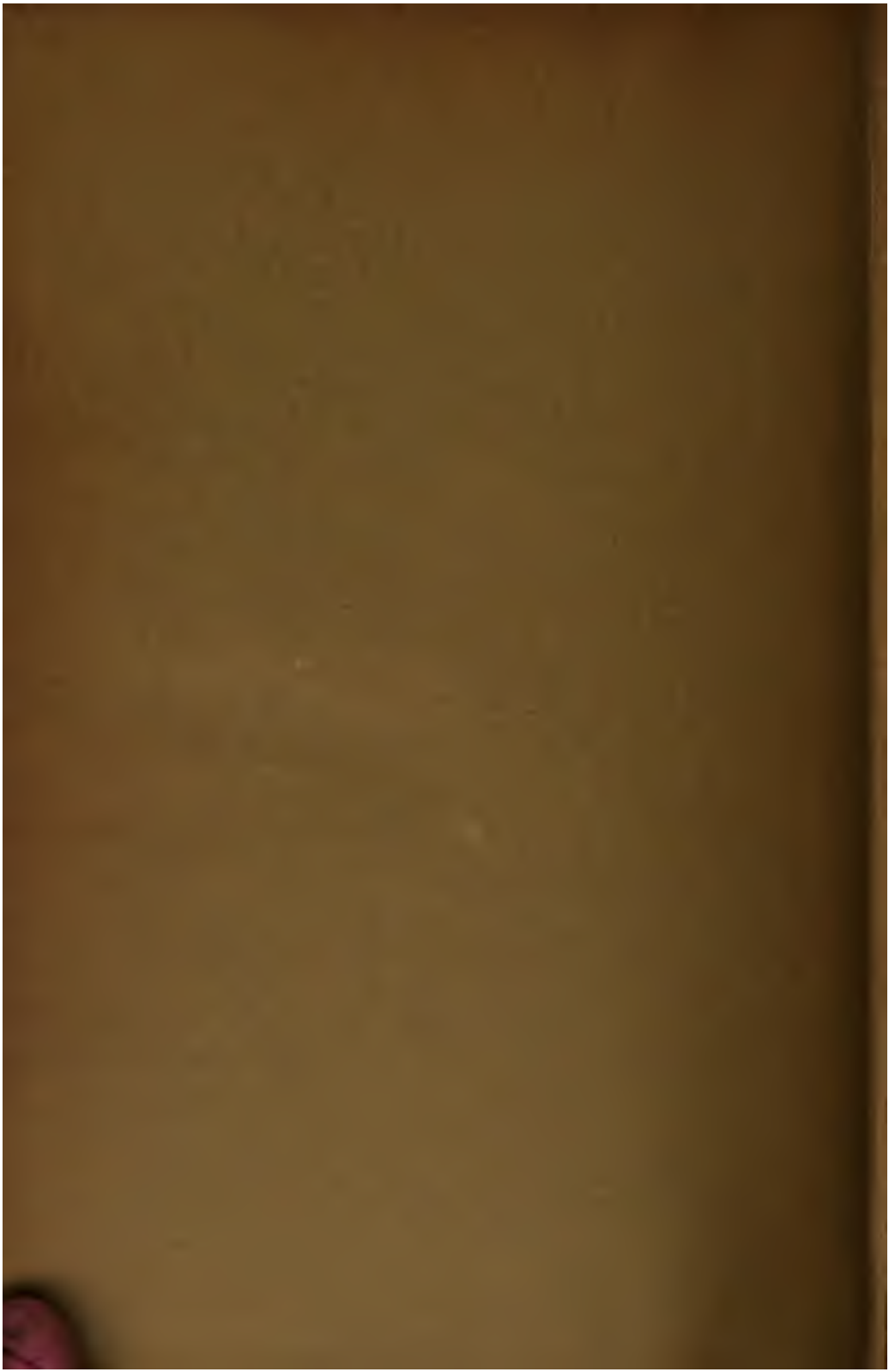
Zweiundfünfzigster Band.

S. 21 Z. 13 v. u. statt „Juni" lies „April".
„ 99 „ 2 v. o. statt „164" lies „167".
„ 109 „ 17 v. u. statt „31" lies „28".
„ 110 „ 14 v. o. statt „Gesetzblatt" lies „R.G.Bl.".

Generalregister zu Band 41—50.

„ 618 Sp. 1 hinter Z. 14 v. o. schieb ein: „1898. 17. Mai. Einführungsgesetz zu dem Gesetze, betr. Änderungen der Konkursordnung (R.G.Bl. S. 248).

Art. I 48, 193
Art. V . . . . . 48, 193. 194. 195*.



Stanford Law Library
3 6105 06 149 445 1